

# 대 법 원

## 판 결

사 건 2017다273441 전부금  
원고, 상고인 채무자 그린손해보험 주식회사의 파산관재인 예금보험공사  
소송대리인 법무법인(유한) 광장  
담당변호사 김영경 외 5인  
피고, 피상고인 대전광역시  
소송대리인 한밭 법무법인  
담당변호사 강병열  
원 심 판 결 대전고등법원 2017. 9. 13. 선고 2016나10597 판결  
판 결 선 고 2021. 5. 6.

## 주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 원고가 부담한다.

## 이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 상고이유보충서 등은 상고이유를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

1. 사실관계 및 상고이유 제1점에 관한 이 사건의 주요 쟁점

## 가. 사실관계

원심판결 이유와 기록에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

1) 피고는 2008. 3. 20. 주식회사 언더파크 ○○(이하 '언더파크'라 한다)과 사이에, 언더파크가 피고로부터 제공받은 토지에 지하주차장과 부대시설을 건설하여 피고에게 기부채납하면 피고는 언더파크에 위 지하주차장 등에 대한 시설관리운영권(이하 '관리운영권'이라 한다)을 설정해 주는 '○○역 동편광장 지하주차장 건설 및 운영사업' 실시협약을 체결하였다.

2) 언더파크는 대전 유성구 (이하 생략)에 지하 4층, 지상 1층 규모의 지하주차장과 부대시설(이하 '이 사건 지하주차장 등'이라 한다)을 건축하여 2011. 2. 7. 피고에게 기부채납에 의한 증여를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐주었고, 2011. 2. 16. 피고로부터 이 사건 지하주차장 등에 대한 관리운영권을 설정받았다.

3) 피고는 2011. 7. 6. 언더파크로부터 이 사건 지하주차장 등에 대한 관리운영권을 양수한 주식회사 리차드텍(이하 '리차드텍'이라 한다)과 사이에, 언더파크와 피고 사이의 위 실시협약과 동일한 내용으로 '○○역 동편광장 지하주차장 건설 및 운영사업' 실시협약 변경협약(이하 '이 사건 실시협약'이라 한다)을 체결하였고, 같은 날 리차드텍 앞으로 이 사건 지하주차장 등에 대한 관리운영권에 관하여 관리자변경등록을 마쳐주었다.

4) 리차드텍은 이 사건 실시협약 체결일인 2011. 7. 6. 그린손해보험 주식회사(이하 '그린손해보험'이라 한다)로부터 145억 원을 대출받고, 같은 날 그린손해보험에 이 사건 실시협약에 의하여 리차드텍이 가지는 관리운영권에 관하여 근저당권(채권최고액 188억 5,000만 원, 채무자 리차드텍)을 설정해 주었다.

5) 그린손해보험은 2013. 11. 1. 파산선고를 받고 같은 날 원고가 파산관재인으로 선임되었고, 리차드텍은 2014. 6. 5. 파산선고를 받고 같은 날 소외인이 파산관재인으로 선임되었다(이하 리차드텍의 파산을 '이 사건 파산'이라 한다).

6) 리차드텍의 파산관재인 소외인은 2014. 7. 11. 피고에게 '파산법원으로부터 허가를 받아 이 사건 실시협약을 해지한다'는 통지를 하였다.

7) 원고는 2015. 3. 10. '이 사건 실시협약 제60조, 제61조에 의하여 발생한 리차드텍의 파산관재인 소외인의 피고에 대한 106억 원의 해지 시 지급금 채권'에 대하여 근저당권에 기한 물상대위에 의한 채권압류 및 전부명령을 받았고, 위 명령은 2015. 3. 11. 피고에게 송달되어 2015. 3. 28. 확정되었다.

#### 나. 상고이유 제1점에 관한 쟁점

이 사건 실시협약은 구 「사회기반시설에 대한 민간투자법」(2011. 3. 31. 법률 제 10522호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 민간투자법'이라 한다) 제4조 제1호에 정해진 '사회기반시설의 준공과 동시에 당해 시설의 소유권이 국가 또는 지방자치단체에 귀속되며 사업시행자에게 일정기간의 관리운영권을 인정하는 방식'으로 추진되는 이른바 BTO(Build - Transfer - Operate) 방식의 민간투자사업을 내용으로 하고 있다.

언더파크는 이 사건 지하주차장 등을 건축하여 그 소유권을 피고에게 이전하였고, 피고도 언더파크 및 그 양수인 리차드텍에 관리운영권을 설정하여(Build 및 Transfer 단계 완료) 리차드텍이 주차장 영업 등을 하던 중(Operate 단계 진행 중) 파산하였다.

리차드텍의 파산관재인은 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」(이하 '채무자회생법'이라 한다) 제335조 제1항의 해지권을 주장하였고, 원고는 이 사건 실시협약 제60조, 제61조에 의하여 중도해지로 협약이 종료하는 경우 정산하는 금액인 해지 시 지급금이

위 해지권 행사결과 발생하였다고 주장하면서 리차드텍이 투입한 민간투자자금 약 148억7,900만 원을 정률법으로 상각하여 산정한 약 106억 원의 위 해지 시 지급금 채권에 대하여 채권압류 및 전부명령을 받았다. 파산관재인이 위 해지권을 행사할 수 있는지 여부는 리차드텍이 이 사건 실시협약에 따라 이 사건 지하주차장 등의 소유권을 피고에게 귀속시킨 다음 관리운영권을 부여받아 이 사건 지하주차장 등을 운영하고 있는 단계에서 이 사건 실시협약을 '쌍방미이행 쌍무계약'에 해당한다고 할 수 있는지 여부에 따라 결정된다.

다시 말하면, 이 사건의 쟁점은 이 사건 실시협약에 따라 리차드텍이 이 사건 지하주차장 등을 운영하고 있는 단계를 채무자회생법 제335조 제1항에서 정하고 있는 해지권의 대상인 쌍방미이행 상태로 볼 수 있는지 여부로 귀착된다.

이 사건은 '일반적으로 민간투자법에 의한 실시협약의 사업시행자가 파산한 경우, 사업시행자의 파산관재인이 채무자회생법상 쌍방미이행 쌍무계약의 해지권 등을 행사할 수 있는지'를 판단하는 것이 아니다. 'BTO 방식의 실시협약의 운영 단계에서 위 해지권 등의 행사가 가능한지'를 추상적인 기준에 따라 일률적으로 판단하는 것도 아니다. 이 부분 판단은 이 사건의 구체적인 사실관계 하에서 리차드텍의 파산관재인이 채무자회생법에 따른 해지권을 행사할 수 있는지를 대상으로 한다. 다만 그 판단에 필요한 범위에서 채무자회생법상 해지권, 구 민간투자법 등에 관하여 살펴보기로 한다(파산관재인이 채무자회생법에 따른 해지권을 적법하게 행사한 경우 원상회복의 범위에 이 사건 실시협약 제60조, 제61조가 적용되는지는 별도로 판단되어야 한다).

## 2. 채무자회생법 제335조의 입법연혁 및 대법원 판례

가. 쌍방미이행 쌍무계약 해제 또는 해지 규정(이하 '이 사건 해지 규정'이라 한다)의

## 변화

구 파산법(2005. 3. 31. 법률 제7428호 채무자회생법 부칙 제2조로 폐지)은 1962년 제정 시부터 제50조 제1항에서 "쌍무계약에 관하여 파산자 및 그 상대방이 모두 파산선고 당시에 아직 그 이행을 완료하지 아니한 때에는 파산관재인은 그 선택에 따라 계약을 해제할 수 있다."라고 규정하였고, 구 회사정리법(2005. 3. 31. 법률 제7428호 채무자회생법 부칙 제2조로 폐지) 제103조 제1항도 마찬가지로 쌍방미이행 쌍무계약에 관한 관리인의 해제 또는 해지권을 규정하고 있었다.

2005년 구 파산법 및 구 회사정리법 등을 통합하여 하나의 법률로 제정된 채무자회생법은 제335조 제1항에서 구 파산법 제50조를 승계하여 "쌍무계약에 관하여 채무자 및 그 상대방이 모두 파산선고 당시 아직 이행을 완료하지 아니한 때에는 파산관재인은 계약을 해제 또는 해지할 수 있다."라고 규정하는 한편, 쌍방미이행 쌍무계약에 관한 파산관재인의 해제 또는 해지권에 대하여 일부 특칙 조항을 신설하였다. 이 사건 해지 규정은 도산절차의 목적을 달성하기 위해서 채무자와 특정 이해관계인 사이에 형성된 기존 법률관계를 수정 내지 변경할 수 있는 특별한 권리를 파산관재인 내지 관리인에게 부여하는 것인데, 파산에 들어간 쌍무계약 관계에서 이를 획일적으로 인정할 경우 부당한 결과가 발생할 수 있기 때문이다.

먼저, 구 파산법 시행 당시부터 임대차계약 중 임대인이 파산하는 경우 임대인의 파산관재인이 이 사건 해지 규정에 따라 임대차계약을 해제한다면, 강행규정인 민법 제635조 등에 의한 보장도 없이 바로 임차권을 잃게 되는 것이므로 부당하다는 비판이 있었다. 채무자회생법은 이를 반영하여 제340조 제4항에 임대인이 파산하더라도 주택임대차보호법이나 「상가건물 임대차보호법」의 대항요건을 갖춘 임차인에 대하여는 파

산관재인이 이 사건 해지 규정에 따른 해지를 할 수 없다고 규정하였다.

또한 이 사건 이후 2014. 5. 20. 법률 제12595호로 제335조 제3항을 신설하여 파산관재인이 방위사업법 제3조에 따른 방위력개선사업 관련 계약을 해제·해지하려는 경우 방위사업청장과 협의하도록 함으로써 국가의 안전보장 및 방위산업의 경쟁력 강화라는 방위사업법의 입법취지 및 방위력개선사업 관련 계약의 특수성을 반영하였다.

개별 계약의 법률적 특징이나 당사자의 법적 지위에 따라 민법 등 개별 법률에 쌍방미이행 쌍무계약에 관한 특칙을 두고 있는 경우에도 이 사건 해지 규정의 적용은 제한된다. 따라서 도급인이 파산하거나(민법 제674조), 위임관계의 한쪽이 파산한 경우(민법 제690조)와 같이 다른 법에 특칙이 있는 때에는 쌍방미이행 쌍무계약의 해제 또는 해지에 관한 채무자회생법 제335조 제1항이 적용될 여지가 없다(대법원 2002. 8. 27. 선고 2001다13624 판결 참조).

나. 이 사건 해지 규정의 해석에 관한 대법원 판례

1) 이 사건 해지 규정의 취지

이 사건 해지 규정은 파산관재인에게 그 계약을 해제하거나 또는 상대방의 채무 이행을 청구하는 선택권을 인정함으로써 파산재단의 이익을 지키고 동시에 파산관재인이 한 선택에 대응한 상대방을 보호하기 위한 취지에서 만들어진 쌍무계약의 통칙이다(대법원 2001. 10. 9. 선고 2001다24174, 24181 판결 등 참조). 경제적 파탄상태에 이른 채무자의 청산을 원활히 함과 동시에 채권자를 비롯한 모든 이해관계인의 이익을 균형있게 조정하여 도산절차를 신속하고 효율적으로 진행하는 한편, 원래대로라면 파산채권이 되었을 계약상대방의 채권을 일정한 경우 재단채권으로 규정함으로써 상대방의 권리를 보호하여 하나의 쌍무계약에서 나온 채무자의 권리와 상대방의 권리 사이의 형평을 맞추는 것이다.

그중에서도 파산관재인이 계약 해지를 선택하는 경우, 이 사건 해지 규정은 상대방에게 채무불이행이 없더라도 계약을 해제·해지할 수 있는 권리로서 계약 또는 법률의 규정에 의하여 일반적으로 인정되는 해제 또는 해지권에 대한 예외가 된다.

따라서 이 사건 해지 규정은 쌍방의 채무가 법률적·경제적으로 상호 관련성을 가지고 원칙적으로 서로 담보의 기능을 하고 있는 쌍무계약에 관하여 쌍방 당사자가 아직 이행을 완료하지 않은 상태에서 당사자인 일방의 채무자가 파산한 경우에 적용된다(위 대법원 2001다24174, 24181 판결 등 참조).

## 2) 이 사건 해지 규정을 적용하기 위한 요건

쌍방미이행 쌍무계약은 유효하게 성립한 쌍무계약일 것과 쌍방의 채무가 모두 미이행 상태일 것을 요건으로 한다. 이때 쌍무계약의 의미는 '미이행 상태인 쌍방의 채무'의 의미와도 밀접하게 관계된다. 채무자와 상대방의 '미이행 채무'는 쌍무계약상 상호 대등한 대가관계에 있는 계약상 채무의 전부 또는 일부가 이행되지 아니한 것을 의미하고(대법원 2007. 9. 6. 선고 2005다38263 판결, 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013다16305 판결 등 참조), 설령 계약상의 채무와 관련이 있다 하여도, 막연한 협력의무 같이 이행하지 않은 경우에도 이를 소구할 수 없는 부수적인 채무는 미이행된 부분에 해당하지 않는다(대법원 1994. 1. 11. 선고 92다56865 판결 참조).

'쌍방미이행 쌍무계약'이란 쌍방의 채무 사이에 성립·이행·존속상 법률적·경제적으로 관련성을 갖고 있어서 서로 담보로서 기능하는 대등한 대가관계에 있는 계약상 채무의 전부 또는 일부가 이행되지 아니한 상태에 있는 것을 말하고, 계약상의 채무와 관련이 있다 하여도 막연한 협력의무에 불과한 것은 이에 해당하지 않는다.

합작투자계약으로 회사를 설립함으로써 조합 구성에 관한 채무의 이행을 마쳤으나

이후 그 계약에서 정한대로 설립된 회사에 관한 의결권의 행사 또는 이사회 구성 등을 위하여 서로 협조하여야 하는 의무 등이 남아 있는 경우 이러한 의무는 성립·이행·존속상 법률적·경제적인 견련성을 인정할 수 없고(앞서 본 대법원 2005다38263 판결 참조), 공동수급체 내부에서 대표사가 공사대금을 먼저 지출할 의무와 회원사가 분담금을 대표사에게 상환할 의무는 서로 대가적인 의미를 갖는 채무라고 보기 어렵다(대법원 2000. 4. 11. 선고 99다60559 판결 참조). 골프장 회원권의 회원보증금 3,200,000원 내지 125,000,000원의 극히 일부분인 금 1,000원이 미납된 상태라면, 회원보증금 1,000원 지급의무와 회원으로서 권리를 누리게 할 의무를 서로 대등한 대가관계에 있는 채무라고 볼 수 없다(대법원 2014. 9. 4. 선고 2013다204140, 204157 판결 참조). 나아가 도급계약에서 수급인이 파산선고를 받기 전에 건물을 완공하여 인도하였다면, 수급인이 완공하여 인도한 건물에 하자가 있어 수급인이 하자보수의무를 부담한다는 이유만으로 도급계약을 쌍방미이행 쌍무계약이라고 볼 수 없다(대법원 2001. 10. 9. 선고 2001다24174, 24181 판결 참조). 한편 대법원 판례는 파산절차의 원활한 진행과 양 당사자 사이의 형평이라는 관점에서 쌍방미이행 쌍무계약의 인정범위를 판단하였을 뿐, 쌍방미이행 쌍무계약임을 주장하는 자가 파산관재인인지 거래상대방인지에 따라 판단 기준을 달리하지 않는다.

### 3) 쌍방미이행 쌍무계약에 해당하는 경우의 효과

어느 계약이 쌍방미이행 쌍무계약에 해당하는지 여부에 따라 파산절차나 회생절차를 진행하고 있는 채무자나 그 상대방의 법적 지위가 달라지고 그로 인해 채권의 성립과 범위 등에는 많은 영향을 받게 된다. 파산절차에서 쌍방미이행 쌍무계약이 해제·해지되는 경우, 상대방은 자신의 채무불이행이 없음에도 그 계약에 따른 채권을 상실하고, 대



신 재단채권인 원상회복채권과 파산채권인 손해배상채권만을 보유하게 된다. 반면, 쌍방미이행 쌍무계약에 해당되지 않는 경우, 상대방은 파산관재인에 대하여 계약에 따른 권리를 파산절차에서 행사할 수 있다.

#### 다. 소결론

쌍방미이행 쌍무계약에 해당하기 위하여는 미이행된 쌍방의 채무 사이에 성립·이행·존속상 법률적·경제적으로 견련성을 갖고 있어서 서로 담보로서 기능하는 서로 대등한 대가관계에 있을 것을 요구하고, 미이행 부분이 '부수적 채무'에 불과하다면 이에 해당하지 않는다. 계약 당시의 내용이 쌍무계약에 해당한다 하더라도 파산선고 당시에 채무자와 상대방이 모두 이행을 완료하지 아니한 때에 한하여 적용되는 것이므로, '쌍방미이행'의 의미는 계약 당시의 약정내용에 의하여 일률적으로 미리 정하여진다고보다는 일방의 파산 당시 이행의 단계를 구체적으로 살펴 계약의 당사자가 서로 상대방에 대하여 각기 부담하는 채무가 위 요건에 해당하는지 여부를 판단하여야 한다. 이때 계약의 근거가 되는 법률의 입법취지, 해제·해지권의 행사가 관계자들에게 미치는 법적 효과와 경제적 영향 등을 아울러 고려하여야 할 것이다. 개별 계약관계의 법률적 특징과 내용에 비추어 계약관계가 다양한 권리·의무가 혼합된 형태로 구성되어 있고 한 단계의 의무를 완수하면 그 다음 단계의 새로운 권리·의무관계가 중첩적으로 형성되는 경우, 계약이 일정한 단계를 넘어서 진행되어 파산관재인이 해제·해지권을 행사하는 것이 부당한 경우나 해제·해지권이 인정된 결과 상대방이 취득하게 될 원상회복청구권이 재단채권(회생절차에서는 공익채권)이 되는 것이 부당한 경우에 확일적으로 미이행 부분 유무에 따라 판단할 것이 아니라 앞서 본 판례 등 기준에 따라 이 사건 해지 규정을 적용하여야 한다.

### 3. 구 민간투자법에 의한 실시협약의 공법적 특수성

#### 가. 구 민간투자법의 입법취지

'민간투자'는 국가 또는 지방자치단체 등(아래에서는 '국가 등'이라 한다) 공행정의 주체가 공공시설의 건설·운영을 통하여 국민의 생존을 배려하는 급부행정작용을 위하여 그 부족한 재원의 전부 또는 일부를 사인으로부터 조달하고 그에게 일정한 범위 내에서 시설의 운영 및 수익권을 보장하는 제도이다. 이와 같이 사회간접자본시설의 확충과 운영에 민간의 자본과 기술을 활용하는 것은 급격한 산업화와 경제규모의 신장에 따르는 사회간접자본에 대한 투자 확대의 필요성에 대응하면서, 이에 대한 공공부문의 재원부족과 비효율성을 극복하려는 데에 그 목적이 있다. 이를 제도적으로 뒷받침하기 위하여 민간투자법이 시행되고 있다(헌법재판소 2009. 10. 29. 선고 2007헌바63 결정 참조).

#### 나. 사업운영방식에 따른 유형 구분

민간투자사업의 추진방식은 구 민간투자법에 정하여진 방식 중의 하나에 의하여야만 한다(구 민간투자법 제4조). 민간투자사업방식은 해당 사회기반시설의 소유권의 귀속시기, 그리고 관리운영권의 행사기간 및 시기를 기준으로 나누어지는데, 그중 이 사건에서 적용되는 것은 사회기반시설의 준공과 동시에 해당 시설의 소유권이 국가 또는 지방자치단체에 귀속되며, 사업시행자에게 일정기간의 관리운영권을 인정하는 방식(BTO 방식)이다. BTO 방식은 원칙적으로 사업시행자가 대외적 거래주체가 됨으로써 영업상의 위험을 부담하게 된다.

#### 다. 실시협약에 따라 형성된 법률관계의 특징

실시협약에 의한 사업시행은 민간투자법 및 관련 법률에 정한 일정한 절차 등 규정

을 따라야 하고, 사업시행자는 사업시행자 지정 시 인정된 사업 외의 사업은 수행할 수 없으며, 관리운영권의 처분 시나 출자자 변경 시 주무관청의 사전승인이 요구되는 등 제한 또는 수정사항이 존재한다. 따라서 사업시행자와 국가 등이 실시협약에 의하여 각기 취득하는 권리의무는 사법상 대등한 당사자 사이에서 체결되는 계약에 의하여 계약당사자가 취득하는 권리의무와는 내용 및 성질을 달리한다.

실시협약에 의한 사업시행은 민간투자법 및 관련 법률에 정한 일정한 절차 등을 따라야 한다. 우선, 국가 등은 협상대상자와 총사업비, 사용기간 등 사업시행의 조건 등이 포함된 실시협약을 체결함으로써 사업시행자를 지정하게 된다(구 민간투자법 13조). 사업시행자는 민간투자사업을 시행하기 전에 대통령령이 정하는 바에 의하여 당해 사업의 실시계획을 작성하여 주무관청의 승인을 얻어야 하고(구 민간투자법 제15조), 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」이 정한 절차에 따라 토지·물건 또는 권리를 수용 또는 사용할 수 있는 등(구 민간투자법 제20조), 실시협약의 체결은 사업시행자 지정 및 이에 따른 공법적 효과까지 아울러 발생시킨다.

또 사업시행자는 구 민간투자법 및 관련 법률에 근거한 주무관청의 감독과 명령을 따라야 한다(구 민간투자법 제45조 제1항). 주무관청은 일방적으로 공공의 이익을 위해 필요한 경우에 시설 사용내용을 변경하거나(구 민간투자법 제29조), 공익을 위하여 처분을 할 수 있다(구 민간투자법 제47조).

BTO 방식으로 추진된 민간투자사업의 경우 그 사업으로 설치된 사회기반시설은 실시협약에서 정하는 바에 따라 관리 및 운영되어야 한다(구 민간투자법 제24조). 국가 등은 사업시행자가 준공하여 주무관청에 귀속시킨 사회기반시설을 무상으로 사용·수익할 수 있는 기간 동안 동 시설을 유지·관리하고 시설사용자로부터 사용료를 징수할 수

있는 관리운영권을 당해 사업시행자에게 설정할 수 있고, 관리운영권은 구 민간투자법에 의하여 원칙적으로 민법 중 부동산에 관한 규정이 준용되는 물권으로 인정된다(구 민간투자법 제26조 제1항, 제27조 제1항). 관리운영권을 등록한 사업시행자는 시설의 적절한 유지·관리에 관하여 책임을 진다(구 민간투자법 제26조 제3항).

#### 4. 리차드텍 파산관재인인 해지권 인정 여부(상고이유 1점에 대한 판단)

##### 가. 공법적 법률관계의 해지권 요건 충족 여부 판단기준

쌍무계약의 특질을 가진 공법적 법률관계에도 쌍방미이행 쌍무계약의 해지에 관한 채무자회생법 제335조 제1항이 적용 또는 유추적용될 수 있다. 이때 개별 계약관계의 법률적 특징과 내용을 기초로 잔존 급부의 대가성, 의존성, 견련성 등을 검토한 대법원 판례의 태도는 구 민간투자법령의 규율을 받아 공법적 법률관계로서의 특수성이 강한 이 사건 실시협약의 사업시행자가 파산한 경우에 채무자회생법 제335조 제1항을 유추 적용하는 경우에도 고려되어야 한다. 즉, 쌍방미이행 쌍무계약으로 해지권을 행사할 수 있는지 여부를 판단함에 있어서 구 민간투자법의 입법취지와 그 공법적 특수성, 파산 선고 당시 이 사건 실시협약의 진행 정도, 파산선고 당시 당사자들에게 남아 있는 구체적인 권리와 의무의 내용과 그 관계 등을 종합하여 판단하여야 한다.

##### 나. 이 사건 실시협약에 대한 해지권 행사 가부

1) 앞서 살펴본 채무자회생법상 해지권의 입법취지와 해석론 및 판례의 태도, 구 민간투자법의 내용과 이 사건 실시협약의 공법적 성격 및 내용, 이 사건 파산 당시 리차드텍이 보유한 관리운영권의 내용과 법률적 성질 등을 종합하면, ① 이 사건 파산 당시 리차드텍과 피고 사이의 법률관계는 상호 대등한 대가관계에 있는 법률관계라고 할 수 없고, ② 리차드텍과 피고 사이의 법률관계 사이에 성립·이행·존속상 법률적·경제적

으로 견련성이 없으며, ③ 오히려 피고가 이 사건 파산 이전에 이미 관리운영권을 설정해 줌으로써 이 사건 실시협약에서 "상호 대등한 대가관계에 있는 채무로서 서로 성립·이행·존속상 법률적·경제적으로 견련성을 갖고 있어서 서로 담보로서 기능하는 채무"의 이행을 완료하였다고 봄이 타당하다.

2) 파산 당시 리차드텍과 피고 사이의 법률관계가 상호 대등한 대가관계에 있는 법률관계인지 여부

가) 사업시행자가 준공한 시설물의 소유권 귀속에 관한 법률관계를 본다.

준공한 사회기반시설의 소유권이 국가 등에게 귀속되는 법률관계와 국가 등이 사업시행자에게 일정기간 해당 시설에 대한 관리운영권을 설정하는 법률관계의 각 절차 및 효과는 구 민간투자법의 법률 규정에 근거한 것이다.

구 민간투자법은 BTO 방식에 의하는 경우 사회기반시설의 준공과 동시에 당해 시설의 소유권이 국가 등에 귀속된다고 규정하고(제4조 제1호), 이 사건 실시협약도 "본 사업시설의 소유권은 본 사업시설의 준공과 동시에 피고에 귀속된다."라고 규정하여 위 법규정과 같은 내용이다(이 사건 실시협약 제9조 제1항). 따라서 리차드텍이 피고에게 시설물의 권리를 이전하는 법률관계는 '채무의 이행'이라기보다 위 법규정에 따라 피고에게 소유권이 귀속되는 결과로서 발생하는 것으로 봄이 타당하다. 이 사건 실시협약상 리차드텍에게는 시설물의 준공확인절차와 관련된 검사의 입회, 현장설명 등 협력의무, 피고가 반려하는 경우 이를 자신의 비용과 책임으로 보완하는 등의 의무들이 존재할 뿐이고(이 사건 실시협약 제37 내지 39조), 국가 등의 관리운영권 부여 역시 민간투자법이 정한 바에 따른 결과이다(구 민간투자법 제24조, 제27조).

따라서 시설소유권의 이전과 관리운영권의 설정을, 사법상의 계약 주체 사이에서 발

생하는 채권·채무와 같이 서로 대등한 대가관계로 평가할 것은 아니다. 한편 민간투자법은 실시협약의 체결로써 상대방에게 사업시행자 지정의 효과를 발생하게 하는데(앞서 본 구 민간투자법 제13조), 사업시행자와 국가 등의 관계는 기본적으로 공법적 성격을 가진 법률관계로서 대등한 대가관계로 볼 수 없다.

나) 관리운영권 설정 후 법률관계에 관하여 본다.

이 사건 파산선고 이전인 2011. 2. 이 사건 지하주차장 등의 소유권 귀속과 관리운영권 설정이 완료되었다. 구 민간투자법 제26조 제2항, 제27조 제1항은 사업시행자에게 설정되는 관리운영권이 물권임을 명시하고 있다. 따라서 기반시설의 소유권자로서 피고가 갖는 권리뿐 아니라, 관리운영권자로서 사업시행자인 리차드텍이 갖는 권리 역시 '물권자'로서 갖는 권리이다. 물권인 관리운영권의 성격에 비추어 보면, 피고의 의무들은 리차드텍의 관리운영권을 방해하지 않을 소극적 의무로서의 의미를 가진다. 결국 피고의 이 부분 의무는 이 사건 실시협약에 따라 별도로 부담하는 채무가 아니라 물권인 관리운영권을 설정해 줌에 따라 발생하는 법률효과이다.

만약 사업시행자가 관리운영권에 기하여 사업시설을 사용할 수 있는 지위를 주무관청의 사법적인 의무로 구성하여 사업시행자의 여러 의무들과 상호 대등한 대가관계에 있다고 해석한다면, 관리운영권을 물권으로 명시한 구 민간투자법 등 실정법에 반하게 된다. 게다가 원고는 그린손해보험의 파산관재인이고, 위 파산관재인은 '물권'인 관리운영권에 대한 근저당권자로서 리차드텍에 대한 파산절차에서 별제권에 기하여 압류 및 전부명령을 받아 전부금을 청구하고 있다. 만약 '관리운영권이 물권이다'라는 점을 부정한다면, 이는 민간투자법의 규정에 정면으로 반할 뿐 아니라 원고의 청구권원까지도 상실하게 되는 모순에 빠지게 된다.

다) 그 밖에 관리·운영 단계에서 사업시행자와 국가 등이 대가적 법률관계에 놓이는지 본다.

구 민간투자법 및 이 사건 실시협약에서 관리·운영 단계에 관하여 정한 내용은 다음과 같다.

피고는 운영기간 동안 리차드텍이 부지 및 사업시설을 무상으로 사용·수익하게 하여야 하는데(구 민간투자법 제19조 제4항, 이 사건 실시협약 제10조), 리차드텍이 피고 소유인 시설물 부지까지 무상으로 사용·수익하도록 실시협약을 체결한 것은 시설사업 부지에 대하여는 국유재산법 또는 지방재정법의 규정에 불구하고 운영기간이 종료할 때까지 사업시행자가 무상으로 사용·수익할 수 있다는 구 민간투자법의 규정에 근거한 것이다.

피고는 불가항력 사유 등이 발생한 경우에 총 사업비를 변경하거나 주차요금을 조정하는 데 협조하여야 하고[구 민간투자법 시행령(2011. 11. 4. 대통령령 제23284호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 민간투자법 시행령'이라 한다) 제23조 제3항, 이 사건 실시협약 제13조 제1항, 제47조 제4항], 리차드텍의 요청이 있을 경우 지체 없이 주차단속을 실시하여야 한다(이 사건 실시협약 제49조 제3항).

피고는 주무관청의 지위에서 구 민간투자법 및 관련 법령 등에서 정한 바에 따라 사업의 정상적인 운영을 위하여 사업시행자의 자유로운 경영활동을 저해하지 않는 범위 안에서 사업과 관련된 사업시행자의 업무를 감독하고 감독상 필요한 명령을 할 수 있다(구 민간투자법 제45조 제1항). 이 사건 실시협약 제30조 제1항도 같은 내용을 정하고 있다. 사업시행자가 그 명령을 위반하면 주무관청은 청문절차를 거쳐 필요한 처분을 할 수 있다(구 민간투자법 제46조, 제48조).

리차드텍은 사업시행자로서 사업과 관련된 제반 법령 등을 준수하고 협약이 정한 바를 성실히 이행하여야 할 책무를 지며, 사업시설의 건설과 유지관리 및 운영이 성공적으로 추진되도록 성실히 노력하여야 한다(이 사건 실시협약 제8조 제1항). 이 사건 실시협약에서 정해진 기간 동안 귀속시설을 유지·관리 및 운영하여야 하고(이 사건 실시협약 제8조 제2항), 운영기간 동안 운영실적, 유지관리계획 및 운영계획 등을 피고에게 제출하여야 한다(이 사건 실시협약 제42조, 제43조).

이 사건 지하주차장 등의 유지관리의무는 어느 일방이 상대방에게 부담하는 대가관계를 구성하지 않는다. 리차드텍과 피고가 함께 일반 국민에 대하여 부담하는 의무이기 때문이다. 리차드텍은 주차장의 운영주체로서 위 의무를 부담하고 피고 또한 영조물인 주차장 등의 소유자로서 설치 또는 관리에 관한 의무를 부담한다(국가배상법 제5조 참조). 피고의 주차단속의무도 사업시행자에 대한 사적 의무가 아니라 교통소통을 원활하게 하며 주차질서의 확립과 보행자의 안전을 도모하고 도로에서의 위험을 방지하고자 하는 목적으로 수행되는 주차장 이용자인 국민에 대한 의무이다.

그 밖에 불가항력 사유 등이 발생한 경우에 피고가 총 사업비를 변경하거나 주차요금을 조정하는 데 협조하여야 할 의무는 경우에 따라 발생할 수도 있고 발생하지 않을 수도 있는 조건부의 협력의무 내지 가정적인 상황에만 적용되는 부수적인 것일뿐더러, 이 사건에서 리차드텍이 피고에게 사업비 변경이나 주차요금 조정을 요청한 적이 없어 피고의 협력의무는 애당초 발생하지 않았다. 위와 같은 막연한 협력의무 내지 부수적인 채무는 미이행된 부분에 해당하지 않는다(위 대법원 92다56865 판결 참조).

피고의 감독의무는 실시협약 당사자가 아니라 민간투자사업의 주무관청으로서 갖는 권한과 책무이다. 리차드텍의 법령준수의무, 시설운영의무, 운영계획제출의무 등은 모



두 이에 대응하는 사업시행자로서의 의무임은 앞서 본 바와 같다.

한편 리차드텍은 사업시설의 설계, 공사, 유지관리 및 운영, 자금조달, 기타 협약의 이행 등에 대하여 책임을 지며 이 사건 실시협약에서 규정한 위험을 부담한다(이 사건 실시협약 제8조 제2항). 리차드텍은 이 사건 실시협약에 달리 규정하는 경우를 제외하고 이 사업을 자신의 위험과 비용으로 수행함을 원칙으로 한다(제8조 제4항). 총 사업비는 이 사건 실시협약에 정한 경우를 제외하고는 변경할 수 없으며(제12조), 사업수행을 위한 재원의 조달은 사업시행자의 책임 하에 추진한다(제14조). 사업시설의 이용에 따른 실제 발생수요가 이 사건 실시협약에서 정한 시설의 예측수요와 차이가 있을 경우 이 사건 실시협약에서 이에 관해 달리 정한 바가 없는 한 이로 인한 책임과 위험은 리차드텍에게 있다(제51조). 위에서 살펴본 이 사건 실시협약에서 정한 위험분담의 내용과 BTO 방식의 실시협약 특성 등을 종합하면, 관리·운영 단계에서 사업시행자의 의무는 이 사건 실시협약이 정한 위험의 분담을 재확인하는 것에 불과하다. 따라서 리차드텍의 의무는 피고에 대한 대가관계가 존재하지 않는다.

결국 이 사건 실시협약의 관리·운영 단계에서 정한 쌍방이 부담하는 의무가 존재하더라도, 이는 구 민간투자법에 의하여 법률상 부과되는 것이거나 관리운영권이라는 물권이 부여됨에 따라 이를 방해하지 않아야 할 상대방의 소극적인 의무를 재확인한 것에 불과하거나, 가정적 상황에서 발생하는 부수적인 채무에 해당하여 그 의무들 사이에 '대등한 대가관계'를 인정하기 어렵다.

3) 파산 당시 사업시행자와 국가 등의 법률관계가 '서로 성립·이행·존속상 법률적·경제적으로 견련성'을 갖고 있는지 여부

이 사건 실시협약은 장기간의 건설 및 운영기간 동안의 법률관계를 다루고 있다. 그

러나 계속적 계약이라는 이유만으로 계약의 어느 단계에서 파산선고를 받았는지를 가리지 않고 동일하게 취급하여 무조건 미이행 쌍무계약으로 판단하여서는 안 된다. 민간투자법령과 실시협약상 단계별로 법률관계가 구분되는 점을 세심히 살펴 구체적인 사안마다 미이행 법률관계 사이의 견련성 유무를 가려야 한다.

구 민간투자법은 민간투자사업기본계획의 수립단계(제2장 제1절), 사회기반시설사업 시행 단계(제2장 제2절), 사회기반시설의 관리·운영 단계(제2장 제3절)를 구분하여 규정하고, 각 단계별 주된 목적과 권리의무의 상대방도 상이하여 각 단계별로 다양한 권리·의무가 혼합된 형태로 진행된다.

먼저 사회기반시설사업의 시행 단계(BTO 방식의 경우 Build 및 Transfer 단계)에서는 사회기반시설의 공사와 준공 등과 관련하여 토지에의 출입, 토지 등의 수용·사용, 준공 확인 등이 주로 문제되는 반면, 사회기반시설의 관리·운영 단계(BTO 방식의 경우 Operate 단계)에서는 사회기반시설의 적절한 관리·운영을 통한 비용의 회수가 문제되어 각 단계별 주된 목적이 다르다.

사회기반시설사업의 시행 단계에서는 사업시행자와 국가 등 사이의 관계만이 문제되나, 사회기반시설의 관리·운영 단계에서는 사업시행자와 국가 등 사이의 관계뿐만 아니라, 사업시행자와 일반 국민인 시설이용자 사이의 관계도 함께 문제되고, 오히려 사업시행자의 주된 목적인 비용 회수는 시설이용자에 대한 관계에서 달성된다. 이 사건 실시협약에서도 사회기반사업의 시행 단계와 사회기반시설의 관리·운영 단계가 명백히 구분되어 있으며 사업시행자가 사업시행 단계뿐 아니라 관리·운영 단계에서도 재원조달 책임을 부담하도록 정해져 있다.

따라서 이 사건 실시협약의 관리·운영 단계에 잔존하는 쌍방의 의무를 근거로 성립·

이행·존속상 법률적·경제적인 관련성이 존재하고 있는지를 살펴야 한다.

먼저 사회기반사업의 시행 단계에서 예정된 리차드텍과 피고의 각 의무의 이행은 모두 완료되었으므로, 시행 단계의 법률관계를 들어 관리·운영 단계의 법률관계와 관련성이 존재한다고 판단할 수 없다.

다음으로 사회기반시설의 관리·운영 단계에 정해진 쌍방의 법률관계가 서로 성립·이행·존속상 법률적·경제적으로 관련성을 가지고 있는 것으로 보기 어렵다. 앞에서 본 바와 같이 관리·운영 단계에서 쌍방이 부담하는 의무가 존재하더라도 이를 대등한 대가 관계가 있다고 인정하기 어렵다. 이에 더하여 주차요금 변경에 협조할 의무 등은, 설령 이를 피고의 의무로 상정하더라도, 이와 성립·이행·존속상 법률적·경제적 관련성을 가진 리차드텍의 반대의무를 상정하기도 어렵다. 리차드텍이 이 사건 지하주차장 등을 계속적으로 운영할 의무와 관련성 있는 피고의 잔존 의무도 찾기 어렵다. 따라서 파산 당시 리차드텍과 피고의 법률관계가 서로 성립·이행·존속상 법률적·경제적으로 관련성을 갖고 있다고 보기 어렵다.

#### 4) 피고가 이 사건 실시협약의 의무이행을 완료하였는지 여부

사회기반시설은 이 사건처럼 건축비용 외에 유지관리비용이 크게 들어가지 않는 것도 있지만, 건축비용만큼이나 막대한 유지관리비용이 소요되고, 운영수입에 대한 예측 가능성이 높지 않은 것도 있다. '건설대상인 시설'의 특징에 따라 구체적인 실시협약의 내용이 달라지게 된다. 따라서 민간투자법상 실시협약이 관리·운영 단계에 이르렀다고 하여 계약당사자의 미이행된 의무가 존재하는지 여부를 일률적으로 판단할 수 없다. 결국 이는 당사자 사이에 체결된 실시협약의 내용에 따라 달리 판단될 수밖에 없다.

이 사건 실시협약에서는 최소수입 미달분을 보전하기 위한 피고 측의 재정지원에 관

한 조항이 없다. 이 사건 실시협약에 존재하는 피고의 법률관계는 사업시설에 관리운영권을 설정함으로써 원칙적으로 종결된다. 그 밖의 법률관계는 앞서 본 바와 같이 민간투자사업을 원활하게 하기 위한 구 민간투자법이 정한 절차이거나, 주무관청으로서 갖는 책무이거나, 이 사건 지하주차장 등을 이용하는 국민들에 대한 의무이다. 사회기반시설의 소유권 귀속이나 관리운영권의 부여를 단순한 사법상 의무이행으로 볼 수 없다는 점도 앞서 본 바와 같다. 아울러 관리·운영 단계에서 이 사건 실시협약에 피고의 의무로 열거되어 있는 것도 본질적으로 적극적인 의무라기보다는 리차드텍의 물권인 관리운영권을 방해하지 않을 소극적인 의무에 불과하다. 그렇다면, 이 사건 파산 당시 피고의 리차드텍에 대한 의무이행은 이미 완료되었다고 봄이 타당하다.

#### 5) 피고가 보유한 해지권과의 충돌 및 도덕적 해이

피고는 실시협약상 사업시행자의 파산 시 이를 이유로 실시협약을 해지할 권리를 보유한다(이 사건 실시협약 제53조 제1항 제3호, 제58조 제1항, 제4항). 피고가 실시협약에 의하여 해지권을 행사하는 경우, 사업시행자에게 해지 시 지급금을 산정하여 지급하되, 산정 시 사업시행자가 상환을 완료하지 못하여 주무관청이 관련 법령에 따라 면책적으로 인수한 채무 등 주무관청이 사업시행자로부터 지급받아야 하는 일체의 금액이 공제된다(이 사건 실시협약 제60조 제6항 제2호, 제61조 제2항).

이 사건에서도 만약 피고가 이 사건 실시협약 제58조 제1항에 따라 위 협약을 해지하는 경우, 피고가 인수할 주차장 부대시설 임차보증금 및 피고가 대위변제한 운영비용 내지 손해배상금 등 리차드텍의 영업이 중단됨으로써 피고에게 발생한 손해는 이 사건 실시협약에 의한 해지 시 지급금 산정과정에서 전보될 수 있다.

그러나 원고는 이 사건 실시협약과 달리 이 사건 해지 규정에 기한 해지를 주장하며

피고의 손해배상채권 등은 파산채권에 불과하여 피고가 임의로 공제할 수 없음을 전제로 사업시행자가 투입한 공사비용의 거의 대부분을 일시불로 반환할 것을 구하고 있다. 이는 사업시행자의 비용으로 사회기반시설을 건설하고 사업시설 운영 수입으로 투입비용을 회수함으로써 사회기반시설에 대한 민간의 투자를 촉진하여 창의적이고 효율적인 사회기반시설의 확충·운영을 도모하여 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 하는 구 민간투자법의 본질에 반한다.

나아가 장기간의 관리·운영기간은 사업시행자가 정상적으로 주차장을 운영하여 투입한 사업비용을 회수하도록 정하여진 기간으로서 실시협약 체결 시 사업시행자가 계산한 예상 운영수입에 기초하여 정해진 것이다. 위와 같은 사정 및 이 사건 지하주차장 등의 운영실패 등에 따른 위험은 사업시행자가 부담한다는 점이 반복하여 명시되어 있음에도 불구하고(이 사건 실시협약 제8조 제2항, 제4항, 제51조 등), 파산관재인이 이 사건 해지 규정에 따라 해지할 수 있다면, 파산절차를 통해 사회기반시설의 운영 위험이 사업시행자에서 국가 등으로 이전되는 부당한 문제가 발생하게 된다. 이는 사업시행자의 파산으로 인한 해지 시 국가 등이 부담하는 채무 및 손해를 모두 공제하도록 함으로써 조기 운영 중단으로 인한 손해가 피고에게 부당하게 전가되는 것을 방지하기 위한 실시협약의 문언에 반한다. 궁극적으로 사업시행자 및 사업시행자의 채권자들이 사회기반시설의 운영 위험에 무관심해지고, 운영부진 시 파산절차를 이용하여 국가 등으로부터 일시에 비용을 회수하려고 시도하게 될 우려가 있어 민간투자사업 전반에 막대한 도덕적 해이를 유발한다.

이 사건에서 파산관재인의 해지권 행사를 불허하는 결론이, 채무자회생법을 잠탈하는 것도 아니고 사업수행능력을 상실한 리차드텍에게 사업시행을 강제하는 것도 아니

다. 이미 파산절차에 들어선 이상, 리차드텍은 재산을 환가하여 권리의 우선순위와 채권액에 따라 환가된 금원을 분배한 후 법인격이 소멸하게 된다. 물권인 관리운영권은 리차드텍의 파산관재인, 별제권자인 원고 및 피고가 협의하여 공개매각 등의 절차를 통해 리차드텍의 파산절차에서 시장가격으로 환가될 수 있다.

또한 피고는 지방자치단체로서 구 민간투자법과 이 사건 실시협약이 정한 대로 리차드텍의 파산에 따라 대체사업자를 선정하거나 해지 시 지급금을 산정하기 위하여 피고에게 자료제출 등을 요청하였으나, 리차드텍의 비협조로 관련 절차를 진행하지 못하였다고 주장하고 있다. 리차드텍의 파산관재인이 이 사건 실시협약을 일방적으로 해지할 수 있다면, 리차드텍의 파산관재인은 더 이상 구 민간투자법과 이 사건 실시협약이 정한 사항을 준수할 이유가 없다.

#### 다. 결론

따라서 이 사건 파산 당시 리차드텍과 피고 사이의 법률관계는 채무자회생법 제335조 제1항에서 정한 쌍방미이행 쌍무계약에 해당한다고 보기 어렵다. 리차드텍 파산관재인의 위 규정에 의한 해지권은 인정되지 않는다. 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 상고이유에서 주장하는 바와 같이 채무자회생법 제335조 제1항의 해석 및 적용에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

#### 5. 원고의 나머지 상고이유 주장에 관하여

원심은, 그 판시와 같은 사유로 이 사건 실시협약 제58조에 따른 피고의 해지권 행사에 의해 이 사건 실시협약이 해지되었다거나, 이 사건 실시협약이 리차드텍 파산관재인의 민법 제637조 제1항에 따른 해지권 행사에 의해 해지되었다는 원고의 주장들을 배척하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면 이러한 원심 판단에 상고이유 주장과 같이 의사표시의 해석 또는 실시협약의 성질에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

## 6. 결론

원고의 상고는 이유 없어 이를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 대법관 안철상의 별개의견, 상고이유 제1점에 대한 대법관 김재형, 대법관 박정화, 대법관 이흥구의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치되었다.

## 7. 대법관 안철상의 별개의견

### 가. 공법상 계약과 사법 규정의 유추적용

1) 이 사건 쟁점은 리차드텍의 파산관재인이 채무자회생법 제335조 제1항에 따라 이 사건 실시협약을 해지할 수 있는지 여부이다.

민간투자법에 근거한 BTO 방식의 민간투자사업에서 실시협약이 관리·운영 단계에 이르렀다 하더라도 쌍방미이행 쌍무계약의 성질이 유지된다고 보는 것이 타당하다. 다수의견이 관리·운영 단계에서의 채무는 부수적 채무라는 이유로 쌍방미이행 채무에 해당하지 않는다고 보는 것은 찬동하기 어렵다. 이 사건 실시협약은 단계별로 법률관계가 구분되지 아니하는 계속적 계약으로서 피고가 부담하는 의무가 여전히 남아 있기 때문이다. 다수의견이 부수적 채무의 근거로 들고 있는 것은 장기간의 계속적 계약의 특성을 의미하는 것일 뿐, 이를 이유로 피고의 리차드텍에 대한 의무이행이 완료되었다고 볼 수는 없다.

한편, 이 사건에서 리차드텍의 파산은 피고의 귀책사유 없이 사업시행자 측의 사정으로 발생한 것이다. 그런데도 리차드텍의 파산관재인이 파산을 이유로 채무자회생법

제335조 제1항에 따라 실시협약을 해지하고, 거액의 해지 시 지급금을 일시불로 청구할 수 있다는 것은 BTO 방식으로 이루어진 민간투자사업 실시협약의 목적에도 부합하지 않고, 민간투자법의 근본 취지에도 어긋난다. 따라서 이 사건 실시협약이 쌍방미이행 쌍무계약이라는 이유로 리차드텍의 파산관재인이 이를 해지할 수 있다는 견해 역시 받아들일 수 없다.

이 사건 실시협약은 민간투자법에 그 성립의 근거를 둔 공법상 계약에 해당한다. 공법상 계약의 경우 관계 법령에 따라 인정된 해지권도 이를 행사하는 경우 행정목적 달성에 본질적으로 반하는 결과를 가져와서 공익에 대한 중대한 침해를 초래하는 때에는 그 행사가 제한된다고 보아야 한다. 별개의견은, 공법상 계약의 특수성, 민간투자법의 관련규정, 그리고 공익과 사익의 비교·형량 등에 비추어 볼 때, 이 사건 실시협약은 쌍방미이행 쌍무계약에 해당하지만 파산을 이유로 이를 해지하는 것은 행정목적 달성을 어렵게 하여 공익에 대한 중대한 침해를 초래하므로, 이 사건 실시협약에 대하여는 채무회생법 제335조 제1항이 적용될 수 없다는 것이다.

2) 공법관계는 사법관계와 선형적으로 다르다고 볼 것은 아니라 하더라도 사법관계와 구별되는 독자성을 지향하고 있다. 그렇지만 공법관계는 아직 독자성을 확립할 만큼 법령 체계를 갖추고 있지 못하기 때문에 법적 공백을 피하기 위해 법령에서 사법관계 규정을 준용하는 경우도 있고, 이를 유추적용하여야 하는 경우도 있다. 공법상 계약에도 사법상의 계약에 관한 법 규정이 유추적용된다는 것이 일반이론이다. 다만, 공법상의 법률관계는 공동체적 관심사, 즉 공익을 규율하는 법률관계이고, 이러한 공법관계에는 사익을 기본적 규율대상으로 하는 사법 규정이 적용될 수 없거나 수정되어 적용되어야 할 특수성이 있을 수밖에 없다.



채무자회생법이 민법이나 상법과 다른 특별 규정을 두고 있는 것도 파산상태에 있는 채무자의 재산에 대하여 적절한 청산절차를 통해 모든 채권자들이 공평한 만족을 얻도록 하기 위한 것이고, 이것 역시 파산채권자라는 공동체의 관심사를 고려한 것이라고 할 수 있다. 공법상 계약은 모든 사회 공동체 구성원들에게 영향을 미칠 수 있다는 점에서 채권자 공동체보다 더 광범위한 공동체적 관심사를 고려하여야 한다.

법 규정의 유추적용은 어떤 사안에 대하여 직접 적용할 규정이 없지만 성질이 유사한 사안에 대한 법 규정을 유추하여 적용함으로써 동일한 법적 효과를 부여하는 것이다. 이는 사안의 성질이 유사하지만 동일하지 아니하다는 점에서 변경을 가하여 적용될 수 있음을 전제로 하고 있다. 사법상 계약과 공법상 계약이 대등한 당사자의 의사합치에 의해 성립된다는 점은 같다고 하더라도, 계약 체결의 목적, 과정, 법적 효과 등에 차이가 있다면 이러한 범위에서는 사법 규정이 공법상 계약에 유추적용될 수 없거나 수정되어 적용되어야 한다.

3) 이 사건 실시협약이 민간투자법에 근거한 공법상 계약에 해당하는 이상, 사법상의 계약에 관한 법 규정이 원칙적으로 유추적용될 수 있다고 본다. 다만, 어떤 규정이 유추적용될 수 있는지 여부는 그 규정의 취지와 사안의 성질에 따라 개별적으로 판단하여야 한다. 앞에서 든 여러 가지 사정에 비추어 볼 때, 이 사건 실시협약에 대하여는 채무자회생법 제335조 제1항이 유추적용될 수 없다고 보아야 한다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

#### 나. 공법상 계약의 의미

1) 공법상 계약이란 공법적 효과의 발생을 목적으로 하여 대등한 당사자 사이의 의사표시의 합치로 성립하는 공법행위이다(대법원 2021. 2. 4. 선고 2019다277133 판결

참조). 종래 학설과 판례에서 인정되어 오던 공법상 계약의 개념이 2021. 3. 23. 공포된 행정기본법 제27조에서 "행정청은 법령 등을 위반하지 아니하는 범위에서 행정목적 을 달성하기 위하여 필요한 경우에는 공법상 법률관계에 관한 계약을 체결할 수 있다."라고 명문화되었다. 물론 위 조항은 2021. 3. 23. 이후 체결된 경우에만 적용되므로 이 사건 실시협약에 적용될 수는 없으나 종래 인정되어 오던 공법상 계약의 개념과 다르지 아니하다.

이러한 공법상 계약은 공법적 효과의 발생을 목적으로 하고 이를 달성하기 위하여 계약의 체결·이행·해석에 있어 공익과 사익의 형량이 필수적이라는 점에서 사법상 계약과 구별되고, 행정주체와 사인 사이의 관계가 대등한 관계라는 점에서 행정주체가 공권력의 주체로서 사인에 대하여 우월적 지위에 있는 행정처분과 구별된다.

행정처분은 법률에 근거가 있어야 한다는 법률유보의 원칙의 적용을 받지만, 공법상 계약은 합의에 의한 행위이므로 법률에 근거가 없어도 가능하고 이는 행정의 전문화·다양화에 대응하여 공법상 법률관계에 관한 계약을 통해서도 행정이 이루어질 수 있도록 공법상 계약의 법적 근거를 마련하겠다는 행정기본법 제27조의 입법취지를 통해서도 확인할 수 있다. 그러나 법률의 근거가 없어도 체결될 수 있는 공법상 계약이더라도 법률에 반하는 내용이어서는 아니 된다는 법률우위 원칙은 엄격하게 준수되어야 한다. 행정기본법 제27조 역시 공법상 계약은 '법령 등을 위반하지 아니하는 범위에서' 체결할 수 있다고 규정하여 법률우위 원칙을 천명하고 있다.

2) 우리나라에서 공법상 계약에 관한 논의는 구 지방공무원법령에 따른 지방전문직 공무원 채용계약 해지의 의사표시는 일반 공무원에 대한 징계처분과 달리 항고소송의 대상이 되지 아니하고 지방자치단체가 채용계약관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에

서 행하는 의사표시라고 본 것(대법원 1993. 9. 14. 선고 92누4611 판결)을 비롯하여 공중보건의사(대법원 1995. 5. 31. 선고 95누10617 판결), 시립무용단원(대법원 1995. 12. 22. 선고 95누4636 판결), 시립합창단원(대법원 2001. 12. 11. 선고 2001두7794 판결) 등의 해촉 또는 채용계약 해지가 항고소송의 대상이 되는 처분은 아니지만 그 공법상 성질을 반영하여 공법상 계약으로서 공법상 당사자소송의 대상이 된다고 보면서 본격화되었다고 할 수 있다.

신분관계에 관한 공법상 계약은 규율하는 법률관계의 모습이 국가공무원법, 지방공무원법에 따른 임면이나 근로기준법에 따른 채용과 해고의 법리와 크게 다를 바 없고, 관련 법령에서 특별히 이에 관한 근거 규정을 두고 있지 않은 경우가 많으므로, 공법상 계약에 관한 쟁송의 본안판단에 있어 통상적으로 원고인 계약상대방이 부당하게 해촉 또는 계약해지되었는지 여부를 위의 법리에 따라 살펴보게 될 것이다. 따라서 앞서 본 일련의 대법원 판결에서는 공익을 보호하기 위한 공법상 계약의 특수성을 논증할 여지가 거의 없었고, 당사자소송이라는 쟁송방법을 통하여 권리를 구제받을 수 있도록 허용하였다는 점에 의미가 있었다.

3) 그러나 이 사건 실시협약은 민간투자법에 근거를 두고 체결된 것으로서 민간투자법령에 위반되어서는 아니 되고, 공법상 계약으로서 그 공익적 성격에 비추어 민간투자법이 인정할 수 없는 법적 효과가 이 사건 실시협약의 내용으로 편입되어서는 아니 된다. 또한 다른 법률이 적용됨으로써 민간투자법의 취지에 반하는 결과가 초래되도록 허용하여서도 아니 된다.

다. 민간투자법에 근거한 공법상 계약으로서 이 사건 실시협약

1) 민간투자법의 입법목적은 공중의 이익에 공하는 사회기반시설의 확충·운영을 통

해 국민경제의 발전에 이바지하기 위함이고(구 민간투자법 제1조 참조), 이를 위하여 민간투자법은 이 사건 실시협약의 체결의 준비단계에서부터 종료단계에 이르기까지 정부 및 주무관청이 주도하도록 규정하고 있다. 즉, 민간투자법은 정부에 대하여 민간투자사업기본계획을 수립·공고할 의무를(구 민간투자법 제7조 제1항), 주무관청에 대하여 사회기반시설사업을 민간투자방식으로 추진하기 위하여 해당 사업을 민간투자대상사업으로 지정하고, 민간투자사업기본계획에 따라 민간투자시설사업기본계획을 수립·고시하여야 할 의무를 부과함으로써(구 민간투자법 제8조의2 제1항, 제10조 제1항), 국가와 지방자치단체의 필요성과 정책 판단을 거쳐야만 민간투자사업이 시작될 수 있음을 분명히 하고 있다. 또한 주무관청은 사업시행자의 민간투자사업과 관련된 업무에 대하여 감독·명령을 할 수 있고, 사업시행자의 법령 위반에 대하여 또는 공익을 위하여 사업시행자의 지정취소를 포함한 광범위한 처분을 할 수도 있다(구 민간투자법 제46조, 제47조, 제49조). 이 사건 실시협약을 해석하고 사법상 계약의 법 조항을 유추적용함에 있어 근거 법률인 민간투자법의 이러한 특성이 반영되어야 한다.

가) 그 결과 실시협약이라는 공법상 계약의 체결, 변경, 종료 등은 민간투자법의 규정에 따라 행정처분으로 의제되거나, 행정청의 관련 행정처분이 수반되어야만 그 효력이 발생한다. 즉, 주무관청은 고시된 민간투자시설사업기본계획에 따라 사업계획을 제출한 사람 중에서 협상대상자를 지정하고 총사업비 및 사용기간 등 사업시행의 조건 등이 포함된 실시협약을 체결함으로써 사업시행자를 지정하게 된다(구 민간투자법 제13조 제3항). 이 법률조항을 문언대로 해석하면 실시협약을 체결하는 행위는 공법상 계약의 체결이라는 성격과 사업시행자지정이라는 행정처분의 성격을 함께 가지고 있다고 볼 수밖에 없다. 리차드텍으로 사업시행자가 변경되면서 체결된 이 사건 실시협약

역시 실시협약 변경에 대하여 주무관청인 피고의 승인을 얻고 이러한 사실이 고시되어야 하였으며(구 민간투자법 제15조), 관리운영권 관리자 변경등록을 거친 이후에 비로소 리차드텍으로 사업시행자가 변경될 수 있었다. 사업시행자의 지정취소는 사업시행자 등이 법령을 위반하였거나, 사회기반시설의 상황변경이나 그 효율적 운영 등 공공의 이익을 위하여 필요한 경우나 사회기반시설공사를 원활히 추진하기 위하여 필요한 경우 혹은 전쟁·천재지변 기타 이에 준하는 사태가 발생한 경우 주무관청이 할 수 있고, 이 경우 주무관청은 민간투자사업을 직접 시행하거나 새로운 사업시행자를 지정하여 계속 시행하게 할 수 있다(구 민간투자법 제46조, 제47조, 제49조). 이와 같이 민간투자사업의 시작부터 종료에 이르기까지 행정주체의 권한과 역할을 규정해 둔 민간투자법의 체계에 비추어 보면, 실시협약의 해지는 단순히 사법상 계약의 그것과 동일하게 공법상 계약의 해지에 그치는 것이 아니라 사업시행자 지정취소처분의 성격도 가지고 있으므로 민간투자법의 규정에 따라 그 취지에 반하지 아니하는 범위 내에서 이루어져야 할 것이다.

나) 그런데 민간투자법은 주무관청에 의한 사업시행자 지정취소나 대상사업의 지정취소 규정을 두고 있으면서도 사업시행자의 파산에 따른 실시협약의 해지권을 인정하는 조항을 두고 있지 않고, 달리 이를 유추할만한 조항을 두고 있지도 아니하다. 다만, 이 사건 실시협약 제58조 제1항, 제53조 제1항 제3호에 따라 '사업시행자에 대하여 법원의 확정판결에 의한 파산선고가 있는 경우' 주무관청만이 사업시행자에게 서면으로 그 취지를 통보함으로써 이 사건 실시협약을 해지하고 사업시행자 지정취소 또는 관리운영권 말소 등 필요한 처분을 할 수 있을 뿐이다. 사업시행자는 이 사건 실시협약 제58조 제2항, 제3항에 규정된 사유 이외에는 이 사건 실시협약을 해지할 수 없는데, 이

사건 실시협약 제58조 제2항, 제3항에는 사업시행자의 파산이 해지사유로 규정되어 있지 않다. 이 사건 실시협약 제58조 제2항, 제3항에 해당하여 사업시행자가 실시협약을 해지할 수 있는 경우이더라도 주무관청으로부터 사업시행자의 권리, 권한 등을 소멸시키는 사업시행자 지정취소처분이 있어야 비로소 실시협약으로 인한 권리의무관계가 정리될 수 있다(이 사건 실시협약 제59조 제1항 참조).

따라서 민간투자법에 의한 이 사건 실시협약의 해지는 사업시행자 지정처분 취소를 수반하는 행위이고 채무자회생법 제335조 제1항의 규정을 들어 이 사건 실시협약을 리차드텍의 파산관재인이 일방적으로 해지할 수 있게 하는 것은 리차드텍이 자신에게만 귀책사유가 존재함에도 불구하고 오히려 피고에게 사업시행자 지정처분 취소처분을 강제할 수 있다는 결론에 도달하게 된다. 이는 민간투자법이 예상하고 있는 사회기반시설사업의 종료 방식이 아닐 뿐만 아니라 행정청의 처분권한을 무의미하게 하는 결과를 초래하므로, 이 사건 실시협약에 대하여 해지를 허용할지 여부를 판단함에는 우선 이 점을 염두에 두어야 한다.

2) 다수의견은, 이 사건 실시협약이 쌍방미이행 상태가 아니었다는 근거로, ① 리차드텍의 파산 당시 피고와 사이에서 갖는 시설소유권의 이전과 관리운영권의 설정이라는 법률관계는, 사업시행자가 주무관청으로부터 운영기간 동안 이용자들로부터 주차요금 징수 및 부대시설 수익사업 등을 통해 회수하여 시설에 대한 건설비용 등에 충당할 수 있도록 물권인 관리운영권을 부여받았기 때문에 성립하는 것이므로 상호 대등한 대가관계에 있는 법률관계가 아니고, ② 민간투자법상 일련의 절차에 따라 이루어지는 사회기반시설사업의 관리·운영 단계에서 정해진 피고의 의무는 주차요금 변경에 협조할 의무 등에 불과하여 이 사건 지하주차장 등을 계속 운영할 리차드텍의 의무와 사이

에 성립·이행·존속상 법률적·경제적으로 견련성이 없으며, ③ 피고가 이 사건 파산 이전에 이미 관리운영권을 설정해 줌으로써 이 사건 실시협약에서 '상호 대등한 대가관계에 있는 채무로서 서로 성립·이행·존속상 법률적·경제적으로 견련성을 갖고 있어 서로 담보로서 기능하는 채무'의 이행을 모두 완료하였고 잔존의무로 상정할 수 있는 것은 이 사건 지하주차장 등을 이용하는 국민들에 대한 의무 정도이고, ④ 리차드텍 파산관재인이 해지권을 인정할 경우 피고가 보유한 해지권과 충돌되고 도덕적 해이를 유발할 우려가 있음을 들고 있다.

이러한 사정들은 이 사건 실시협약이 쌍방미이행 상태에 있지 않았기 때문이 아니라 공법상 계약의 특성 때문에 드러나 보인 현상이고, 다수의견은 이를 쌍방미이행 상태를 부정하는 근거로 차용하고 있을 뿐이다. 다수의견의 이러한 근거들 중 일부는 쌍방의 귀책사유, 해지 시 지급금의 규모와 행정주체의 부담능력 등을 고려하여 공익과 사익을 비교·형량할 때 공익에 대한 중대한 침해를 초래하는 것이 되어 공법상 계약인 이 사건 실시협약에 대하여는 채무자회생법 제335조 제1항이 유추적용될 수 없다는 근거로 사용될 수 있다.

민간투자법은 사회기반시설을 확충하는 데 필요한 민간자본의 유치를 유인하기 위해 사업시행자의 합리적인 자본회수 방법을 규정하고 있다. 즉, 사업시행자에게 사회기반시설의 준공 후 일정기간 무상으로 이를 사용·수익하면서 시설사용자로부터 사용료를 징수하는 사회기반시설 관리운영권을 설정할 수 있도록 규정하고 있다(구 민간투자법 제26조). 이러한 관리운영권은 물권으로 간주하여 민법 중 부동산에 관한 규정을 준용하도록 하고, 또 이러한 관리운영권을 분할 또는 합병하거나 처분하려는 경우에는 미리 주무관청의 승인을 받도록 하고 있다(구 민간투자법 제27조). 이는 사법상 계약에서

는 상정할 수 없는 제도이다. 특히 사업시행자의 파산관재인에게 실시협약에 관한 일방적인 해제·해지권을 허용하는 것은 주무관청의 승인 없이 관리운영권을 처분하는 것을 인정하는 것과 마찬가지로이다.

또한 이러한 관리운영권의 부여는 사업시행자에게 장기간에 걸쳐 투입된 자본을 회수하도록 하면서 안정적으로 사회기반시설이 운영될 수 있도록 보장하여 사용자인 국민의 이익을 도모하면서도 사업시행자에게 자본유동화의 수단을 마련해 줌으로써 공익과 사익의 균형을 이루려는 민간투자법의 입법취지가 반영된 것이다. 재정자립도가 낮아 예산 부족에 시달리고 있는 행정주체로 하여금 기투입 민간투자금의 상각잔액인 해지 시 지급금을 일시에 지급하라고 하는 것은 민간투자사업의 본질에 부합하지 아니하고 사회기반시설 운영에서 적자가 발생할 경우 사업시행자가 손실누적을 회피할 목적으로 파산을 선택하여 일시금을 회수해가는 것을 허용하는 것이 된다. 이것은 BTO 방식으로 이루어진 민간투자사업 실시협약을 근본적으로 무력화시키고, 그 취지에도 어긋난다. 다시 말하면, 이는 행정목적 달성을 어렵게 함으로써 공익에 대한 중대한 침해를 초래하게 된다. 따라서 이 사건 실시협약에 대하여는 채무자회생법 제335조 제1항이 유추적용되어서는 아니 된다.

3) 별개의견에 대하여는 채무자회생법에서 명시적으로 제335조 제1항의 적용을 제한하는 특별규정(채무자회생법 제335조 제3항, 제340조 제4항)을 두거나 도급인의 파산(민법 제674조)이나 위임관계의 한쪽의 파산(민법 제690조)과 같이 다른 법에 특칙이 있는 경우에 한하여 채무자회생법 제335조 제1항의 적용이 배제되거나 제한될 수 있으므로, 공법상 계약이라 하더라도 방위사업법상 방위력개선사업 관련 계약처럼 그 적용을 배제하는 특별규정을 두고 있지 아니하는 한 이 사건 실시협약을 일반적인 사법



상 계약과 달리 볼 수 없다는 이유로 이를 비판하는 견해도 상정할 수 있다.

채무자회생법 제335조 제3항에서 파산관재인이 방위사업법 제3조 제1호에 정의된 방위력개선사업 관련 계약을 해제·해지하려는 경우 방위사업청장과 협의하도록 규정하고 있기는 하다. 그러나 방위력개선사업은 군수품 구매(방위사업법 제19조) 또는 국방연구개발사업(국방과학기술혁신 촉진법 제8조)의 방법으로 추진되는데(방위사업법 제17조 제3항), 이는 통상적인 매매계약과 용역계약의 성격을 가지고 있다. 특히 구매절차의 경우 구매계획 수립, 입찰공고, 시험평가, 적격심사 등에 의한 계약대상자 선정을 거쳐 구매계약을 체결하도록 규정하고 있어 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」이나 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」의 계약체결 관련 규정과 유사한데(방위사업법 시행령 제25조의2, 제25조의3), 대법원 판례는 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따라 체결된 공공계약은 사법상의 계약으로 보고 있기도 하다(대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결). 더군다나 민간투자법과 달리 방위사업법에는 따로 위 매매계약과 용역계약의 처분성을 추단할만한 규정을 두고 있지 아니하다. 따라서 채무자회생법 제335조 제3항이 존재한다고 하여 방위력개선사업 관련 계약이 공법상 계약이고, 그 이외의 공법상 계약은 무조건 채무자회생법 제335조 제1항의 적용을 받는다는 것을 의미한다고 볼 수는 없다. 또한 채무자회생법 제335조 제3항의 문언을 보면, 파산관재인이 해지권을 행사하고자 하는 경우 방위사업청장과 협의하여야 한다는 것에 그쳐 이로 인하여 파산관재인의 해지권이 박탈되는 것도 아니다. 따라서 채무자회생법에 특별 규정이 없거나 민간투자법에 채무자회생법의 적용을 배제하는 조항이 없다는 이유만으로 이 사건 실시협약이 논리필연적으로 채무자회생법 제335조 제1항의 적용대상이 되는 것도 아니다.

나아가 채무자회생법 제335조 제3항은 대법원이 사법상의 계약으로 본 사안임에도 공익을 고려하여 해제·해지를 함에 있어 사전 협의 규정을 둔 것이다. 공법상 계약은 사법상 계약보다 공익을 더 고려하여야 하는 것이므로, 채무자회생법 영역에서 특별 규정이 없다고 하더라도 법해석을 통해 공법관계에 관한 법적 공백 상태를 메워나가야 함이 필요하다. 그리고 위 규정은 채무자회생법에서도 공익을 고려하여 법 규정의 적용 범위를 달리할 수 있다는 근거를 제공한다고 할 수 있고, 이러한 특별 규정이 없다는 이유로 공법상 계약을 일반적인 사법상 계약과 똑같이 보아야 한다는 태도는 타당하다고 보기 어렵다.

#### 라. 실시협약에 관한 쟁송방법

이 사건 실시협약과 같은 공법상 계약에 관한 소송은 원칙적으로 행정소송법 제3조 제2호에서 정하고 있는 당사자소송에 의하여야 하므로 이 사건 소는 행정소송법상의 당사자소송으로 제기하여야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우에 해당한다. 대법원 판례도 한국토지주택공사가 서울특별시 교육감과 구 학교용지법 제4조의2에 따른 협약을 체결한 후 협약에 따른 자본비용을 구하는 소송에서 위 협약은 공법적 효과의 발생을 목적으로 하여 대등한 당사자 사이의 의사표시의 합치로 성립하는 공법행위로서 공법상 계약이라고 인정한 다음, 공법상 계약의 한쪽 당사자가 다른 당사자를 상대로 효력을 다투거나 이행을 청구하는 소송은 공법상의 법률관계에 관한 분쟁이므로 특별한 사정이 없는 한 공법상 당사자소송으로 제기하여야 한다고 보았다(대법원 2021. 2. 4. 선고 2019다277133 판결).

다만, 당사자소송은 행정소송의 특수성을 감안하여 행정소송법이 정하고 있는 특칙이 적용될 수 있는 점을 제외하면 심리절차 면에서 민사소송과 큰 차이가 없으므로,

전속관할 위반이 아니라면 원심이 이 사건을 민사소송으로 처리하면서 이러한 행정소송의 특성을 도외시하여 결론에 영향을 미친 경우가 아닌 한 위법하다고 볼 것은 아니다. 이 사건 제1심법원인 대전지방법원 본원 합의부는 이 사건 소송이 행정소송법상의 당사자소송일 경우의 관할도 동시에 가지고 있으므로, 이 사건의 경우 전속관할을 위반한 것은 아니다(대법원 2014. 10. 14.자 2014마1072 결정 참조). 또한 원심인 대전고등법원은 이 사건 소송을 행정소송의 절차에 따라 심리하였어야 함에도 민사소송의 절차에 따라 심리하기는 하였으나, 심리에 있어 직권조사 등 행정소송법 규정을 적용하지 아니한 채 사실관계를 확정하여 판결에 영향을 주었다는 등의 사정은 찾아볼 수 없으므로, 위와 같은 절차상의 잘못이 원심판결을 파기할 사유에 해당한다고 볼 수 없다.

#### 마. 맺음말

공법학은 세계적으로 보더라도 18~19세기에 이르러 독자적인 법학으로 분화되어 개척되고 형성된 역사가 짧은 학문이다. 아직 개척하여야 할 분야가 많고, 이러한 점에서 원시림이라고 할 수도 있다. 최근에 제정된 행정기본법은 공법의 독자성을 구축하는 데 한 걸음 더 나아간 고무적인 일이라고 할 수 있다. 공법의 원시림을 탐험하면서 살아 있는 법을 발견해 나가는 것은 중요한 일이다. 이때 법원의 판례는 실정법의 공백을 메우면서 새로운 입법을 선도하는 역할을 할 것이다.

이 사건 실시협약은 쌍방미이행 쌍무계약에 해당한다. 그러나 민간투자법에 근거한 공법상 계약으로서 그 특수성과 민간투자법 관련 규정, 그리고 공익과 사익의 비교·형량 등에 비추어 볼 때, 리차드텍 파산관재인이 일방적인 해제·해지권을 인정하는 것은 공익에 대한 중대한 침해를 초래하므로 이 사건 실시협약에 대하여는 채무자회생법 제 335조 제1항이 유추적용될 수 없다고 보아야 한다. 다만, 사업시행자가 관리운영권을

처분하려는 경우에는 미리 주무관청의 승인을 받도록 하고 있는 규정을 참작하면, 주무관청의 사전 승인이 있거나 주무관청의 승인거부가 위법하여 취소된 경우에는 파산관재인이 해지권을 허용할 여지가 있으나, 이 사건은 이에 해당하지도 아니한다. 결국 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

행정기본법은 공법상 계약을 명문으로 규정하였고, 공익에 관한 명문의 규정을 여러 곳에 두고 있다(제4조, 제10조, 제12조, 제18조, 제19조, 제30조). 별개의견은 실정법 규정이 없다는 점에서 한계가 있는 의견이지만, 이 사건을 계기로 공법상 계약에 관한 논의가 활발히 이루어지고, 채무자회생법 등 규정의 적용과 관련하여 공익에 대한 중대한 침해를 방지할 수 있는 입법적 장치가 마련되기를 기대해 본다.

이상과 같은 이유로, 상고를 기각하여야 한다는 결론은 다수의견과 같이하나, 그 이유가 다르므로 별개의견으로 이를 밝혀둔다.

## 8. 대법관 김재형, 대법관 박정화, 대법관 이흥구의 반대의견

### 가. 반대의견의 요지

사업시행자가 민간투자 사업으로 주무관청과 실시협약을 체결한 다음 지하주차장 시설을 완공하여 주무관청에 소유권을 이전하고 장기간(이 사건에서는 19년인지 30년인지가 명확하지 않다) 관리운영권을 설정받아 해당 시설을 운영하던 중에 파산하였다. 이 경우 사업시행자의 파산관재인이 실시협약을 해지할 수 있는가? 즉, 실시협약이 채무자회생법 제335조 제1항에서 정한 '쌍방미이행 쌍무계약'에 해당하여 사업시행자의 파산관재인이 이 조항에 따라 해지할 수 있는가? 이것은 사업시행자가 주무관청이 해지하기 전까지 실시협약에 계속 구속되어 있도록 할 것인가, 아니면 실시협약의 구속력에서 벗어나 재산을 청산할 수 있도록 할 것인가라는 문제이다. 이것이 이 사건의

핵심 쟁점이다.

다수의견은 이 사건 실시협약이 파산 당시 쌍방미이행 쌍무계약에 해당하지 않아 파산관재인이 이를 해지할 수 없다고 하고, 별개의견은 이 사건 실시협약이 공법상 계약이라는 이유로 채무자회생법 제335조 제1항을 유추적용할 여지가 없다고 한다. 그러나 이러한 태도는 모두 타당하지 않다.

쌍방미이행 쌍무계약의 법리는 파산절차를 좀 더 효율적이고 신속하게 진행하기 위하여 파산관재인에게 선택권을 부여하면서도 상대방을 합리적으로 보호하고자 마련된 쌍무계약의 통칙이다. 이 사건 실시협약은 근거 법률인 민간투자법(이하에서 인용하는 현행법의 내용이 개정 전의 법률과 같은 취지라서 현행법을 인용한다) 규정, 협약의 형식이나 내용 등에 비추어 계약임이 분명하다. 실시협약에 따라 사회기반시설을 준공하여 소유권을 주무관청에 귀속시키고 이를 운영할 사업시행자의 의무와 사업시행자에게 관리운영권을 설정해 주고 이를 운영할 수 있도록 해줄 주무관청의 의무는 건설기간과 운영기간을 통틀어 서로 목적적 의존관계에 있는 채무를 부담한다는 점에서 쌍무계약의 특질을 가지고 있으므로, 쌍방미이행 쌍무계약의 법리는 이 사건 실시협약에도 적용되어야 한다. 파산 당시 사업시행자가 주차장을 유지·관리하며 운영할 의무, 그리고 주무관청이 사업시행자로 하여금 부지를 무상으로 사용하고 주차요금 조정 등에 협력하며 주차단속 등을 실시할 의무는 모두 이 사건 실시협약에 따른 채무로서 이행이 완료되지 않았다.

위와 같은 의무가 이른바 부수적 채무에 불과하다고 볼 수도 없다. 채무자회생법 제335조 제1항은 부수적 채무라는 이유로 계약의 이행 또는 해제·해지에 관한 선택권을 배제하고 있지 않다. 이 점은 파산을 이유로 계약의 해제·해지를 인정하는 민법의 모든

규정도 마찬가지이다. 민간투자법에 따른 실시협약은 사회기반시설을 설치하여 운영하기 위한 것으로서, 사회기반시설을 운영하는 데 필요한 의무가 이행되지 않았다면 계약의 주요 부분이 이행되지 않았다고 보아야 한다. 그런데도 미이행 부분이 부수적 채무라고 하면서 파산관재인이 해지권을 부정하는 것은 민간투자법의 입법 목적과 채무자회생법 제335조 제1항의 문언에 반할 뿐만 아니라 사업시행자에 대한 국가나 지방자치단체의 우월적 지위를 인정하는 것이다.

공법상 계약은 공법적 법률관계에 관한 계약으로서 일반적인 사항에 관해서는 민법상 계약이나 법률행위에 관한 규정이 적용되는 것을 전제로 체결된다. 공법상 계약에 계약이나 법률행위에 관한 규정이 적용되지 않고 유추적용될 수 있을 뿐이라는 것은 우리 법체계에 맞지 않고 현재의 판례 법리에도 어긋난다. 파산선고에 따른 쌍무계약의 처리에 관한 기본 규정인 채무자회생법 제335조 제1항이 공법상 계약에 적용되지 않는다고 보는 것은 입법의 중대한 공백을 초래한다.

이 사건에서 사업시행자의 파산관재인이 파산법원의 허가를 받아 쌍방미이행 쌍무계약에 해당하는 이 사건 실시협약을 해지한 것은 적법하다.

아래에서는 채무자회생법 제335조 제1항에서 정한 쌍방미이행 쌍무계약의 취지(나.항)와 그 적용 요건(다.항)을 살펴보고, 이 조항에 따라 파산관재인이 이 사건 실시계약을 해지할 수 있는지 여부(라.항), 공법상 계약에 사법상 계약에 관한 민법이나 채무자회생법이 적용되는지 여부(마.항)와 파산관재인이 피고가 보유한 해지권과 충돌하거나 도덕적 해이를 야기하는지 여부(바.항)를 검토한 다음, 이 사건의 결론을 제시하고자 한다(사.항).

나. 쌍무계약의 통칙인 쌍방미이행 쌍무계약의 취지

채무자회생법 제335조 제1항과 제337조는 쌍방의 채무가 법률적·경제적으로 상호 관련성을 가지고 원칙적으로 서로 담보의 기능을 하고 있는 쌍무계약에 관하여 쌍방 당사자가 아직 이행을 완료하지 않은 상태에서 당사자인 일방의 채무자가 파산한 경우, 파산관재인에게 그 계약을 해제·해지하거나 상대방 채무의 이행을 청구하는 선택권을 인정함으로써 파산재단의 이익을 지키고 동시에 파산관재인의 선택에 대응하여 상대방을 보호하기 위한 취지에서 규정된 쌍무계약의 통칙이다(대법원 2001. 10. 9. 선고 2001다24174, 24181 판결 등 참조).

도산절차는 전체 채권자를 비롯한 이해관계인 모두의 이익을 조정하기 위한 집단적 집행 절차로서의 특성을 갖고 있다. 상대방의 채무불이행이 없는데도 파산관재인의 선택에 따라 계약관계가 종료됨으로써 상대방의 권리가 침해될 수 있다. 그러나 쌍방미이행 쌍무계약에 관한 규정은 파산절차를 좀 더 효율적이고 신속하게 진행하기 위한 목적으로 파산관재인에게 선택권을 부여한 것으로서, 파산절차의 기본 토대를 구성하는 중대한 입법적 결단이다.

파산을 이유로 쌍무계약의 효력을 종료시키는 규정은 채무자회생법에 특유한 것이 아니다. 계약에 관한 일반법인 민법에도 파산을 이유로 계약의 해제·해지를 인정하거나 그 효력을 소멸시키는 다수의 규정이 있다. 그 규정들은 거의 예외 없이 파산을 계약 종료 사유로 정하거나 파산관재인과 상대방 모두에게 계약을 종료시킬 수 있는 권리를 부여하고 있다. 대리인이 파산하면 대리권은 소멸한다(민법 제127조 제2호). 대주가 목적물을 차주에게 인도하기 전에 당사자 일방이 파산하면 소비대차는 그 효력을 잃는다(민법 제599조). 사용대차에서 차주가 파산선고를 받은 때에는 대주는 계약을 해지할 수 있다(민법 제614조). 임차인이 파산선고를 받은 경우에는 임대차기간의 약정이 있는 때에도 임대인 또는 파산관재인은 제635조의 규정에 의하여 계약해지의 통고를 할 수 있다(민법 제637조 제1항). 사용자

가 파산선고를 받은 경우에는 고용기간의 약정이 있는 때에도 노무자 또는 파산관재인은 계약을 해지할 수 있다(민법 제663조 제1항). 도급인이 파산선고를 받은 때에 수급인 또는 파산관재인은 계약을 해제할 수 있다(민법 제674조 제1항). 위임계약의 당사자 일방이 파산하면 위임계약은 종료된다(민법 제690조). 파산한 조합원은 조합에서 탈퇴된다(민법 제717조 제2호).

채무자회생법 제335조가 아니라 위와 같은 민법 규정이 적용되는 경우 개별 규정에 따라 해당 계약이 당연 종료되거나 파산관재인의 의사에 따라 종료될 수 있다. 이 점은 채무자회생법 제335조에 따라 파산관재인이 쌍무계약의 해제·해지를 선택하는 경우와 마찬가지로이다. 다만 채무자회생법에 따라 해제·해지되는 경우에는 상대방의 권리를 재단채권으로 보호하고 있으므로 민법에 따라 해제·해지되는 경우에 비하여 상대방은 유리한 지위에 있게 된다. 파산선고를 받은 채무자는 더 이상 사업을 계속할 능력이 없는 경우가 보통이다. 따라서 청산형 도산절차인 파산절차에서 파산채무자에 관한 계약관계를 종료시키는 것은 재건형 도산절차인 회생절차의 경우보다 더욱 중요한 의미를 가진다.

채무자회생법 제335조에 따라 계약이 해제·해지된 경우 채권자는 이 규정과 상관없이 계약이 해제·해지된 경우보다 파산절차에서 유리하게 취급된다. 따라서 이 규정을 엄격히 적용하려는 태도는 다른 채권자와의 형평 또는 채무자 파산재단의 공평한 배당 등의 관점에서 특정 채권자가 유리하게 취급되는 것을 경계하고 이를 통해 파산재단을 보호함으로써 궁극적으로 총채권자의 이익을 도모하고자 하였던 것으로 이해할 수 있다. 실제로 이 규정의 적용 여부가 다투어졌던 대부분의 사건은 이 사건과 같이 파산관재인이 쌍방미이행 쌍무계약임을 주장한 사례가 아니라, 채권자가 쌍방미이행 쌍무계약임을 주장하며 다툰 사례이다.



다수의견은 입법연혁으로 보아 채무자회생법이 쌍방미이행 쌍무계약의 인정을 엄격히 하는 방향으로 변화하였고, 판례도 채무자회생법 제335조를 엄격하게 적용하였다고 본다. 그러나 이것은 타당하지 않다. 채무자회생법 제340조 제4항에서 대항력 있는 임대차계약에 채무자회생법 제335조 제1항의 적용을 제외한 것은 임차권에 대항력을 부여한 주택임대차보호법 등의 취지에 따른 것으로, 쌍방미이행 쌍무계약의 범위를 엄격히 할 것인지 여부와 무관하다. 파산관재인이 방위력개선사업 관련 계약을 해제·해지하고자 하는 경우에 방위사업청장과 '협의'하도록 개정된 것을 두고 채무자회생법이 쌍방미이행 쌍무계약의 인정을 엄격히 하는 방향으로 변화하였다고 볼 수도 없다. 이 규정은 위와 같은 계약이 쌍무계약에 해당함을 전제로 해제·해지를 할 때 '협의'라는 절차적 요건을 부가한 것이기 때문이다. 더욱이 민법에 존재하는 쌍방미이행 쌍무계약의 특칙들은 대개 해당 계약이 당연 종료되거나 파산관재인 의사에 따라 종료될 수 있음을 정하고 있을 뿐 아니라, 민법 제정 무렵부터 존재하던 것들로서 입법의 변화나 방향과는 상관없다. 채권자가 쌍방미이행 쌍무계약을 주장한 사안에 관하여 판단한 몇 개의 판결들을 가지고 판례가 쌍방미이행 쌍무계약을 엄격하게 인정하여 왔다고 평가할 수도 없다.

다. 쌍방미이행 쌍무계약의 적용 요건

#### 1) 쌍무계약

민법은 쌍무계약에 관한 규정을 두고 있고(민법 제536조부터 제538조까지의 규정), 채무자회생법 제335조에서 말하는 쌍무계약은 민법상 쌍무계약의 개념과 동일하다. 쌍무계약이란 당사자 쌍방이 목적적 의존관계에 있는 채무를 대립적으로 부담하는 것을 내용으로 하는 계약을 말한다. 여기서 '목적적 의존관계'는 상호간에 상대방의 채무를 발생시키기 위하여 자신이 그에 대응하는 채무를 부담하는 관계, 즉 '받기 위하여

준다'는 기능적 쌍무관계를 말한다.

대법원은 채무자회생법 제335조 제1항의 쌍무계약을 쌍방 당사자가 상호 대등한 대가관계에 있는 채무를 부담하는 계약으로 정의하여 대가성을 중시하는 듯한 판단을 하고 있다(대법원 2007. 9. 6. 선고 2005다38263 판결, 대법원 2014. 9. 4. 선고 2013다 204140, 204157 판결 등 참조). 그러나 쌍무계약에서 대가성을 강조하는 것은 쌍방의 의무가 마치 객관적으로 대가관계에 있어야 한다는 것으로 인식되어 쌍무계약의 본래 의미에 배치될 수 있다.

2) 계약의 미이행 - 특히 '부수적 채무' 개념이 미이행 판단에 필요한지 여부

쌍방미이행 쌍무계약에 해당하려면 쌍방의 채무가 이행되지 않은 상태에 있어야 한다. 이때 채무를 전혀 이행하지 않은 경우뿐만 아니라 일부를 이행하지 않은 경우에도 원칙적으로 미이행에 해당한다.

채무자회생법 제335조 제1항은 부수적 채무의 경우에 계약의 이행이나 해제·해지에 관한 파산관재인이 선택권이 배제된다는 예외 조항을 두고 있지 않다. 파산절차는 파산채무자의 파산재단을 신속하게 환가하여 채권자들에게 공평하게 분배하는 것을 목적으로 한다. 파산채무자가 계약상 의무를 이행할 능력이 없는데도 이러한 계약에 구속되어 상대방의 청구에 응하도록 한다면 파산절차의 진행에 장애가 된다. 따라서 미이행 부분이 파산절차의 진행에 방해가 되지 않는 정도로 사소한 것이 아니라면 계약의 이행 또는 해제·해지에 관한 파산관재인이 선택권을 박탈해서는 안 된다.

대법원 판결 중에는 민법상 채무불이행을 이유로 한 해제 법리(대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다53705, 53712 판결 등 참조)를 파산절차에 그대로 적용하여 부수적 채무를 불이행한 경우 채무자회생법 제335조 제1항의 미이행에 해당하지 않는다고 한 사

례가 있다(대법원 1994. 1. 11. 선고 92다56865 판결 참조). 그러나 채무자회생법 제 335조 제1항에 따른 해제·해지권은 채무불이행과는 상관없이 쌍무계약을 청산하기 위하여 인정되는 것으로서 민법상 채무불이행에 기한 해제권과는 그 근거 법률과 입법 목적이 다르다. 뿐만 아니라 민법상 계약 해제에서도 '부수적 채무'라는 개념을 사용하는 것에 대한 유력한 비판이 제기되고 있다(2013년 법무부 민법개정위원회의 민법 개정시안 제544조 제1항 단서는 '일방의 채무불이행이 경미하여 계약의 목적달성에 지장이 없는 경우'에는 해제할 수 없다고 정하였다). 독일 민법에서는 주된 급부의무와 종된 급부의무를 구분하지 않고 급부의 불이행이 있는 경우에 계약의 해제권을 인정하고(제323조 제1항), 보호의무나 배려의무를 위반한 경우에도 계약의 해제를 인정하고 있다(제324조).

채무자회생법 제335조 제1항의 쌍방미이행 쌍무계약 규정은 채무불이행에 기한 계약해제 규정이 아니라 민법에서 파산을 이유로 계약의 해제·해지를 인정하는 여러 규정과 밀접한 관계가 있다. 이러한 규정들에서 계약상 채무 중 미이행 부분이 부수적 채무라는 이유로 계약의 해제·해지를 배제하지 않는다.

'부수적 의무' 또는 '부수적 채무'라는 용어는 민법 또는 채무자회생법 어디에도 등장하지 않는 용어로서, 대법원 판결에서 사용하기 시작한 것이다. 위와 같은 용례를 따르더라도, 중요한 것은 '부수적'이라는 용어 자체가 아니라 대법원 판결이 그 용어로 표현하고자 했던 실체적 의미이다.

쌍무계약에서 미이행 채무가 단지 '부수적 채무'에 해당한다는 이유로 채무자회생법 제335조 제1항의 적용을 배제하는 것은 채무자회생법 제335조 제1항에 관한 문언해석과 채무자회생법의 입법 목적에 반한다. 쌍무계약의 특성(쌍방 채무 사이의 목적적 의

존관계)과 파산절차의 특성(채무자 재산의 청산과 총채권자의 공동 이해관계에 관한 공평한 조정) 등을 고려하면, 쌍무계약에서 미이행된 채무가 '부수적 채무'라는 이유를 들어 채무자회생법 제335조 제1항의 적용을 배제할 수 없다.

설령 미이행 부분이 부수적 채무라는 이유로 쌍방미이행 쌍무계약의 해제·해지권을 배제할 수 있다는 논리를 따른다고 하더라도 다음과 같은 사항을 주의해야 한다. 당사자가 계약에 따라 부담하는 의무의 내용이 주된 것인지 아니면 부수적인 것에 불과한지는 일률적으로 단정할 수 없고, 계약의 내용과 특성, 객관적·외부적으로 표명된 당사자의 의사, 계약체결의 경위와 이행 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단할 문제이다. 원칙적으로 계약의 본질적 내용과 목적에 해당하는 것이 주된 의무이고, 이를 보완하거나 계약의 여러 사정과 관련하여 추가적으로 부담하는 의무 등은 부수적 의무라고 할 수 있다. 특히 계약의 해제·해지 여부를 판단할 때 계약이 종료되어야 할 정도로 계약 목적 달성에 지장을 가져오는 의무가 아니라면 이를 '부수적 의무'라고 할 수 있다. 따라서 어느 당사자의 의무위반 또는 채무불이행이 존재하지만 이에 기해 상대방이 계약을 해제·해지하지 않더라도 본래 당사자들이 의도한 계약 목적을 달성하는 데 지장이 없는 경우라면 이는 부수적 의무에 해당한다. 미이행 부분이 계약상 당사자가 부담하는 전체 의무와 비교하여 비율적으로 일부에 불과하다거나 경미한 내용이라고 해서 곧바로 부수적 의무라고 단정해서는 안 된다.

결국 쌍방미이행 쌍무계약은 당사자 쌍방이 서로 상대방의 채무를 발생시키기 위하여 자신이 그에 대응하는 채무를 부담하는 관계에 있고 쌍방의 의무 전부 또는 일부가 이행되지 않았는지 여부에 따라 이 조항의 적용 여부를 판단해야 한다.

라. 이 사건 실시협약에 채무자회생법 제335조 제1항이 적용되는지 여부

1) 이 사건 실시협약의 쌍무계약적 속성

이 사건 실시협약이 쌍무계약의 속성인 목적적인 상호의존관계를 가지고 있는지 여부에 관하여 본다.

민간투자법 제2조 제7호는 '실시협약'이란 이 법에 따라 주무관청과 민간투자사업을 시행하려는 자 간에 사업시행의 조건 등에 관하여 체결하는 '계약'을 말한다고 정함으로써 실시협약이 계약임을 분명히 하고 있다. 당사자 사이의 의사합치에 따라 일정한 법적 효과를 발생시킨다는 점에서는 민간투자법상 실시협약을 사법상 계약과 달리 볼 이유가 없다.

BTO[사회기반시설의 준공(Build)과 동시에 시설의 소유권이 국가·지방자치단체에 귀속되고(Transfer) 사업시행자에게 일정기간 시설을 관리·운영(Operate)하도록 하는 것을 말한다] 방식의 민간투자사업에서 사업시행자는 실시협약에 따라 사회기반시설을 준공하여 그 소유권을 국가·지방자치단체에 귀속시킬 의무를, 주무관청은 사업시행자에게 관리운영권을 설정해 줄 의무를 부담한다. 사업시행자는 주무관청으로부터 관리운영권을 설정받는 것을, 주무관청은 사업시행자가 준공한 시설의 소유권이 국가 등에 귀속되는 것을 전제로 하여, 또 그것을 목적으로 하여 위와 같은 의무를 부담한다. 민간투자법 시행령 역시 사업시행자가 실시협약에 명시된 총 민간사업비의 범위 내에서만 귀속시설을 무상사용·수익할 수 있도록 정하고 있다(민간투자법 제25조 제1항, 민간투자법 시행령 제22조 제1항). 또한 사업시행자가 시설사용자로부터 징수하는 사용료를 정할 때 총사업비와 무상사용기간 등을 고려하도록 하고 있다(민간투자법 시행령 제23조 제1항). 이와 같이 실시협약은 당사자인 사업시행자와 주무관청이 서로 목적적인 의존관계에 있는 채무를 부담한다는 점에서 쌍무계약과 동일한 특질을 가진다.

실시협약의 목적과 내용상 주무관청과 사업시행자의 권리와 의무는 건설기간과 운영기간을 포함한 실시협약의 전체 존속기간 동안 상환적으로 존재한다. 따라서 실시협약의 존속기간 동안 당사자들의 의무는 원칙적으로 성립·이행·존속상 견련성을 가진다고 보아야 한다.

나아가 이 사건 실시협약의 공법적 특성을 감안하더라도 이 사건 실시협약은 원칙적으로 계약으로서의 성질을 갖고, 이와 달리 이 사건 실시협약을 주무관청이 주도하는 일방적인 공법적 처분의 성질을 가지는 것으로 볼 수 없다. 당사자가 실시협약의 존속기간을 정하면서 건설기간과 운영기간으로 구분한 것일 뿐이므로, 주무관청과 사업시행자가 부담하는 의무 간의 견련성을 판단할 때에는 전체 존속기간을 기준으로 삼아야 한다. 이와 달리 전체 존속기간을 일부 기간 또는 단계별로 쪼개어 그것을 기준으로 판단하는 것은 실시협약의 내용과 당사자의 의사에 비추어 타당하지 않다. 이 사건 실시협약은 건설기간과 운영기간을 합하여 단일한 쌍무계약에 해당한다고 보아야 한다.

이 사건 실시협약에서 사업시행자가 파산한 경우 피고에게만 해지권을 부여하고 있는 이유도 사업시행자의 파산관재인이 쌍방미이행 쌍무계약에 관한 규정에 따라 이를 해지할 수 있기 때문이다.

## 2) 이 사건 실시협약이 쌍방미이행 상태인지 여부

다수의견은 이 사건 파산 당시 사업시행자인 리차드텍과 피고의 의무가 상호 대등한 대가관계에 있지 않고, 위 쌍방의 의무가 견련성이 없으며, 피고가 관리운영권을 설정해 줌으로써 의무의 이행을 완료하였다고 본다. 그러나 이것은 타당하지 않다.

가) 관리·운영 단계에서 사업시행자와 피고의 의무가 '부수적 의무'에 해당하여 이 사건 실시협약을 해지할 수 없는지 여부

이 사건 실시협약의 관리·운영 단계에서 부담하는 쌍방의 의무가 '부수적 의무'에 불과한 것인지에 관하여 본다.

이 사건 실시협약의 내용 가운데 파산 당시 남아 있는 쌍방의 주요 의무는 다음과 같다. 사업시행자는 이 사건 실시협약에서 정해진 기간 동안 귀속시설을 유지·관리·운영하여야 하고(제8조), 운영기간 동안 유지관리계획, 운영계획 등을 피고에게 제출하여야 한다(제42조, 제43조). 주무관청인 피고는 운영기간 동안 사업시행자에게 부지와 사업시설을 무상으로 사용·수익하도록 하여야 하고(제10조 제2항, 제50조 제2항), 불가항력사유 등이 발생한 경우에 총 사업비를 변경하거나 주차요금을 조정하는 데 협력하여야 하며(제13조, 제47조 제4항), 사업시행자의 요청이 있을 경우 지체 없이 주차단속을 실시하여야 한다(제49조 제3항).

사업시행자가 운영기간 동안 이 사건 지하주차장 등을 유지·관리하면서 운영할 의무는 이 사건 실시협약 체결 당시 그 성립 여부를 좌우하는 중요한 요인으로 실시협약의 본질적 내용에 해당한다. 주무관청도 이 사건 실시협약상 약정된 운영기간의 만료일까지 사업시행자에 대해 관리운영권 설정을 통한 사용·수익을 보장하여 이 사건 지하주차장 등의 이용자들로부터 사용료를 징수할 수 있도록 함으로써 건설기간 동안 사업시행자가 투입한 비용과 이 사건 지하주차장 등의 소유권 취득 등에 대한 대가적 급부를 이행하는 것이고, 사업시행자에 대한 관리운영권 설정행위 그 자체로 의무 이행을 완료하였다고 볼 수 없다.

민간투자법의 입법 목적을 보자. 이 법은 사회기반시설에 대한 민간의 투자를 촉진하여 창의적이고 효율적인 사회기반시설의 확충·운영을 도모함으로써 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 제정되었다(제1조). 사회기반시설사업이란 사회기반시설의 신

설·증설·개량 또는 운영에 관한 사업을 말한다(제2조 제3호). 사회기반시설을 설치하는 것뿐만 아니라 '운영'하는 것이 민간투자법의 목적이다. 사회기반시설을 설치하면 주된 의무를 이행한 것이고 운영에 관한 의무를 부수적 의무로 보는 것은 민간투자법의 입법 목적과 규정 내용에 정면으로 배치된다.

나아가 사회기반시설의 관리·운영 단계와 유사한 법률구조를 가진 임대차계약을 살펴봐도 동일한 결론에 도달한다. 임대인이 임차인에게 사용·수익권을 부여하고 목적물을 인도한 것으로 임대인의 의무 이행이 완료된 것은 아니며, 임차인이 목적물을 사용·수익하게 할 의무는 계약기간 내내 지속된다. 임차인의 차임지급의무도 계약기간 동안 지속된다. 따라서 계약기간 중 임차인이 파산한 경우, 임차인의 파산관재인은 쌍방미이행 쌍무계약임을 이유로 임대차계약을 해지할 수 있다(이는 임대인이 파산한 경우 채무자회생법 제340조 제4항에 따라서 같은 법 제335조의 적용이 배제되는 것과 구별된다). 이때 임대인이 목적물을 인도하지 않았을 경우는 물론이고 목적물을 사용·수익하게 할 의무를 위반한 경우에도 임차인의 파산관재인은 쌍방미이행 쌍무계약임을 전제로 계약을 해제하거나 해지할 수 있다.

주무관청이 사업시행자에게 관리운영권을 설정해 주고 운영기간 동안 이 사건 지하주차장 등을 사용하면서 수익을 창출할 수 있도록 보장하는 것은 사업시행자가 건설기간 동안 자신의 비용으로 이 사건 지하주차장 등을 건설하여 주무관청에게 소유권을 이전하고 효율적으로 공적 서비스를 제공하는 것에 대한 반대급부로서의 성격을 가진다. 사업시행자가 운영기간 동안 이 사건 지하주차장 등을 사용·수익하는 것 역시 권리인 동시에 의무로서의 성질을 가진다. 이 사건 실시협약상 주무관청인 피고는 리차드텍이 요구할 경우 주차단속을 실시할 행정적 지원의무를 부담하고 있다. 이는 계약인



실시협약에서 명시적으로 이행을 강제하고 있는 법률상 의무이자 소구가능한 의무이므로 결코 부수적 의무라고 볼 수 없다.

이러한 의무를 부수적 의무라는 이유로 쌍방미이행 쌍무계약에 해당하지 않는다고 보는 것은 위에서 본 임대차계약에서 임대인이 목적물을 임차인에게 인도하였으나 목적물을 사용·수익하게 할 의무를 이행하지 않은 경우에 임대차계약을 해제하거나 해지할 수 있다는 것과 비교해 보더라도 부당하다. 쌍방미이행 쌍무계약에서 부수적 채무에 관한 대법원 92다56865 판결은 '공유수면매립공사에 적극 협력하기로 하는 의무'가 아직 이행되지 않았던 사안에서 이러한 막연한 협력의무를 이행하지 않았다고 하여 쌍방미이행 쌍무계약이 아니라고 한 것이다. 그러나 임대차계약에서 임대인이 목적물을 사용·수익하게 할 의무나 이 사건 실시계약에서 사업시행자로 하여금 운영기간 중 시설을 사용·수익하게 할 의무는 계약의 주요 부분을 구성하는 의무에 해당한다. 민간투자법에 따른 실시협약에 따라 시설을 운영하는 데 필요한 의무가 남아 있는 상태에서 위와 같은 의무가 부수적 채무라고 하면서 파산관재인이 해지권을 부정하는 것은 국가나 지방자치단체의 사업시행자에 대한 우월적 지위를 인정하는 것으로 볼 수 있다.

다수의견은 이 사건 실시협약에 보조금 교부 등 재정지원 조항이 없다는 점을 피고의 의무이행이 완료되었다는 논거 중 하나로 들고 있다. 그러나 민간투자사업에서 사업시행자가 준공 이후에 시설을 사용·수익하는 동안 국가·지방자치단체가 어떠한 방식으로 지원할 것인지, 그 규모는 어떠한지 등은 시설의 특성과 사업성 등 개별 사업의 구체적 사정을 고려하여 정하는 것일 뿐이므로, 그 내용이 행정적 지원에 그치는지 또는 재정적 지원을 포함하는지는 상호 법률관계를 정하는 데 의미 있는 차이를 가져오지 않는다. 법률상 의무라는 관점에서 주무관청의 재정지원 의무와 행정지원 의무를

달리 파악할 이유가 없다.

이와 같이 주무관청이 사업시행자의 사용·수익에 협력할 의무는 실시협약의 목적달성에 필요불가결하고 이를 이행하지 않으면 실시협약의 목적이 달성되지 않아 사업시행자가 실시협약을 체결하지 않을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무에 해당한다. 또한 이 사건 실시협약상 남아 있는 쌍방의 주요 의무만을 보더라도 이 사건 실시협약에 장기간의 계속적 계약의 특성이 여전히 남아있음을 알 수 있다.

나) 이 사건 실시협약의 계속적 계약으로서의 성질

계속적 계약이란 전기·가스·수도 등과 같이 공급자가 계약 상대방에게 계속적으로 가분의 급부를 제공하고 상대방이 각각의 급부마다 그 대가를 지급할 의무를 부담하는 쌍무계약이다. 2013년 법무부 민법개정위원회 민법 개정시안 제544조의2 제2항은 채무불이행 이외의 중대한 사유로 계약의 존속을 기대할 수 없는 때에 계약을 해지할 수 있도록 정하고 있다. 이러한 계속적 계약에도 쌍방미이행 쌍무계약에 관한 법리가 적용된다는 점은 의문의 여지가 없다. 공법상 계약이 계속적 계약의 성질을 갖는 경우에도 마찬가지이다. 독일 행정절차법에서는 공법상 계약의 내용을 정하는 데에 기준이 되었던 상황이 계약 체결 후에 현저하게 변경되어서 계약당사자가 원래의 계약 규정을 고수하는 것이 기대불가능하고 조정도 불가능한 경우 계약을 해지할 수 있다는 명문의 규정을 두고 있다(제60조 제1항).

이 사건 실시협약도 사업시행자와 주무관청이 장기간의 관리운영기간을 예정하고 시설 준공과 그 후 시설물 관리·운영에 관하여 약정한 것이므로, 계속적 계약의 성격을 가지고 있다. 다수의견은 이 사건 실시협약 시행 단계와 관리·운영 단계의 주된 목적이 다르다고 한다. 그러나 영리기업인 사업시행자로서는 해당 시설의 관리운영권을 보장

받지 못한다면 자기의 비용으로 시설을 준공하거나 그 준공시설의 소유권을 무상으로 주무관청에 이전해 주지 않을 것이다. 민간의 투자를 받아 사회기반시설을 확충·운영한다는 민간투자사업의 개념에 비추어 보더라도, 이 사건 실시협약은 시행 단계와 관리·운영 단계가 서로 유기적으로 밀접하게 관련되어 있는 하나의 계속적 계약으로 보아야 한다.

계약기간 도중에 사업시행자의 파산으로 인해 이 사건 실시협약에 따라 피고가 이 사건 지하주차장 등을 사용·수익하게 할 의무와 이에 따른 각종 협력의무(주차요금, 운영비, 관리운영기간 등 조정을 위해 협력해야 하는 의무)와 사업시행자가 이 사건 지하주차장 등을 운용하고 시설물 유지관리계획, 운영계획 등을 주무관청에 정기적으로 제출할 의무 등의 이행을 기대하기 어려워졌다. 일반적으로 사업자가 파산한 경우 그 이후 사업을 계속할 것을 기대할 수 없다. 더군다나 해당 사업이 영리사업이 아니라 이 사건과 같이 공익적 성격을 가진 민간투자사업일 경우에는 특히 사업수행능력이 없음이 증명된 파산채무자로 하여금 이 사건 실시협약에서 벗어나지 못하도록 함으로써 사업자의 지위를 유지하도록 강제하는 것은 현실적으로 불가능을 강요하는 것일 뿐 아니라 공공복리의 관점에서도 바람직하지 않다.

이 사건 실시협약에서 사업시행자가 파산한 경우 피고가 이 사건 실시협약을 해지할 수 있도록 정하고 있다. 이것은 운영기간 중 사업시행자가 파산하면 시설물을 운영할 의무를 이행할 수 없으므로 계약을 종료시킬 중대한 사유에 해당한다는 것을 전제로 한다. 이러한 약정해지권 조항에 비추어 보더라도 운영기간 중 사업시행자의 파산은 사업목적 달성을 어렵게 하는 사유에 해당하고, 이 사건에서 사업시행자뿐만 아니라 피고도 이 사건 실시협약에 구속되어 있는 것은 큰 의미가 없다.

따라서 사업시행자의 파산은 상호신뢰관계를 파괴하는 중대한 사유라고 할 것이다. 특히 이 사건 실시협약에 따라 피고가 사업시행자에게 부담하는 협력의무와 사업시행자가 피고에게 부담하는 주기적 보고의무 등은 사회기반시설인 이 사건 지하주차장 등의 원활한 관리·운영을 위해 필수적일 뿐 아니라, 장기간의 관리·운영기간 동안 지속되는 의무로서, 단순히 부동산 매매에서 소유권이전등기절차에 협력할 의무와 같이 1회적인 의무에 불과한 것이 아니다.

3) 사업시행자인 리차드텍의 의무와 피고의 의무가 관련성을 가지고 있는지 여부

이 사건과 같은 실시협약은 사회기반시설사업의 시행 단계(이 사건 실시협약의 경우 Build와 Transfer 단계)와 사회기반시설의 관리·운영 단계(이 사건 실시협약의 경우 Operate 단계)를 합하여 하나의 계약으로 체결되고, 이 사건 역시 언더파크와 피고가 하나의 실시협약을 체결하였음은 명백하다. 또한 리차드텍은 시설의 관리·운영 단계에서 언더파크를 양수하였기 때문에 이미 시설의 시행 단계, 즉 시설의 준공과 소유권이전단계가 완료된 이후였는데도, 피고는 리차드텍과 위와 같은 내용이 모두 포함된 '변경실시협약'을 체결함으로써 리차드텍에 사업시행자의 지위를 부여하였다. 피고가 진행 단계에 따라서 시행 단계와 관리·운영 단계를 구분하여 취급하고자 하는 의사였다면, 적어도 리차드텍이 언더파크를 양수한 시점에서는 관리·운영 단계(Operate 단계)만을 내용으로 하는 계약을 체결하였어야 한다. 따라서 이 사건 실시협약 당사자의 의사를 합리적으로 해석하면, 이 사건 실시협약은 단계별로 법률관계가 구분되지 않는다.

만일 리차드텍과 피고가 관리·운영 단계만을 내용으로 하는 별개의 계약을 체결하였다면, 시행 단계(Build와 Transfer 단계)에 관한 계약은 도급계약과 다를 것이 없다. 따라서 피고는 이미 그에 상당하는 공사비 지급채무를 언더파크 또는 그 양수인에게 부

담하게 되었을 것이고, 사업시행자가 파산하였다면 그 파산관재인이 파산재단 확보를 위해 피고에게 일시의 공사비 지급을 청구하였을 것임이 당연히 예상된다. 즉, 계약 전체의 틀에서 사업시행자가 자기의 비용으로 시설을 준공하고 그 소유권을 주무관청인 피고에게 이전해 준 다음 파산한 경우에 피고가 파산재단에 대해 그 공사비 채무를 부담하는 것에는 특별한 의문이 제기될 수 없고, 오히려 피고가 공사비를 부담하는 것이 형평에 부합한다.

#### 4) 물권인 관리운영권 설정의 의미

파산을 이유로 실시협약을 해제·해지할 수 있는지에 관하여 민법이나 채무자회생법에 특별 규정이 있다면 그에 따라야 하겠지만, 그렇지 않은 상태에서 실시협약이 '쌍무계약'의 속성을 가지고 있고 쌍방미이행이라면 쌍무계약의 통칙인 채무자회생법 제335조가 적용된다. 즉, 쌍무계약으로서 채무자회생법 제335조에서 정한 쌍방미이행 요건이 충족된다면 파산관재인은 이 조항에 따라 계약의 이행 또는 해제·해지를 선택할 수 있을 뿐이고, 채무자가 취득한 권리가 물권인지 여부에 따라 채무자회생법 제335조의 적용 여부가 달라지는 것이 아니다. 사업시행자가 실시협약에 따라 준공한 시설의 소유권을 국가 등에 귀속시키고 주무관청이 사업시행자에게 귀속시설에 대한 관리운영권을 설정해 주었다고 하더라도 실시협약이 종료되는 것이 아니므로, 관리운영권이 물권인지 여부는 이 사건 실시협약이 쌍방미이행 쌍무계약인지 여부를 가리는 기준이 될 수 없다.

다수의견은 피고가 부담하는 의무가 실시협약에 따라 별도로 부담하는 채권적 의무가 아니라 물권인 관리운영권을 설정해 줌에 따라 발생하는 법률효과일 뿐이라고 하나, 이는 타당하지 않다. 이 사건 실시협약에서 피고가 부담하는 여러 의무들을 정하고

있는데, 계약이나 법률에서 명시적으로 정하고 있는 의무를 의무가 아니라고 하는 것은 이례적이다. 관리운영권과 유사한 부동산 물권인 전세권을 생각해 보더라도, 소유자가 전세권을 설정해 주고 전세권 설정등기를 마쳐주었다고 해서 전세권자에게 아무런 의무를 부담하지 않는다고 할 수는 없다. 주택임대차나 상가건물 임대차에서 임대인이 임차인에게 우선변제권 있는 임차권을 설정해 주었다고 해서 임차권자에게 채권적 의무를 부담하지 않는다고 할 수 없다. 이와 마찬가지로 리차드텍이 주차장 이용자들에게 주차장 등의 유지관리의무를 부담한다고 해서 피고에 대한 위와 같은 의무를 부정할 수 없다. 리차드텍의 피고에 대한 주차장 등의 유지관리의무는 피고가 소유자로서 일반 국민에 대해 부담하는 법적 의무와는 구별되며, 리차드텍의 이 사건 지하주차장 등의 유지관리의무와 피고의 의무는 그 발생근거를 달리하여 얼마든지 병존할 수 있다. 즉, 계약 당사자가 일반 시민에 대하여 어떠한 의무를 부담한다고 해서 계약 당사자 상호간에 같은 내용의 의무를 부담하는 것이 불가능하지 않다.

사업시행자가 자기 자본으로 준공한 사회기반시설의 소유권을 국가·지방자치단체에 귀속시키고 자신의 비용으로 귀속시설을 유지·관리하는 것은 시설사용자로부터 사용료를 징수함으로써 투자자본을 회수하고 실시협약에서 정한 적정수익률의 수익을 얻을 수 있음을 전제로 한다. 관리운영기간 중 사용료 등의 조정이 필요한 사유가 발생했는데도 주무관청이 사용료 등의 조정에 협력하지 않으면 사업시행자로서는 투자자본의 회수 등이 불가능해질 뿐만 아니라 귀속시설의 적절한 유지·관리에도 지장이 초래될 수 있다. 따라서 주무관청이 사업시행자에게 관리운영권을 설정해 주었고, 그 권리가 물권이라는 사정만으로 채무를 전부 이행하였다고 볼 수 없다. 피고는 관리운영권 설정 이후에도 위와 같이 사용료 등의 조정에 협력할 의무를 부담하고 이러한 의무를 부

수적 의무로 판단할 수 없음은 위에서 본 바와 같다.

그러므로 사업시행자가 실시협약에 따라 준공한 사회기반시설의 소유권을 국가·지방자치단체에 귀속시키고 주무관청으로부터 귀속시설에 대한 관리운영권을 설정받았다고 해서 서로 대등한 대가관계에 있는 채무가 전부 이행되었다고 볼 수 없다.

마. 공법상 계약에 대한 민법과 채무자회생법의 적용 여부

별개의견은 공법상 계약의 특수성에 비추어 채무자회생법 제335조가 이 사건 실시협약에 유추적용될 여지가 없다고 한다. 다수의견은 사회기반시설을 준공하여 소유권을 주무관청에 귀속시키고 이를 운영할 사업시행자의 의무와 사업시행자에게 관리운영권을 설정해 주고 이를 운영할 수 있도록 해줄 주무관청의 의무가 서로 대등한 대가관계에 있지 않다는 이유로 채무자회생법 제335조 제1항의 적용이나 유추적용을 부정한다. 다수의견이 이 사건 실시협약을 공법상 계약이라고 보고 있지는 않지만, 위와 같은 결론에 도달하는 과정에서 이 사건 실시협약이 공법적 법률관계에 관한 것이라는 점을 고려한 것이라고 볼 여지도 있다. 따라서 공법적 법률관계에 관한 계약, 즉 공법상 계약에 민법과 채무자회생법이 적용되는지 여부에 관해서 살펴볼 필요가 있다.

1) 공법상 계약의 의미

공법상 계약이란 공법적 법률관계에 관한 계약(행정기본법 제27조)으로서, 공법적 법률관계를 규율하기 위하여 대등한 당사자 사이의 의사표시의 합치로 성립한다. 대등한 당사자 사이에서 의사가 합치되어 성립한다는 점에서 사법상 계약과 같으나, 그 대상이 공법적 법률관계라는 점에서 사법적 계약과 구별된다. 공법상 계약에 관하여 개별 법률에서 명시적 규정을 두고 있는 경우도 있지만 그렇지 않은 경우가 많다. 그 이유는 계약의 당사자가 계약에 관한 일반 규정이나 법리가 적용되는 것을 전제로 계약을

체결하기 때문이다.

민간투자법에 따른 실시협약은 주무관청과 민간투자사업을 시행하려는 자 간에 사회 기반시설 사업시행의 조건 등에 관하여 체결하는 계약(민간투자법 제2조 제7호)으로서 원칙적으로 공법적 법률관계를 규율하는 계약이다. 실시협약에 의한 사업시행은 민간 투자법과 관련 법률에 정한 절차와 규정을 따라야 하고, 사업시행자는 사업시행자 지정 시 인정된 사업 외의 사업을 수행할 수 없다. 관리운영권의 처분이나 출자자 변경에 주무관청의 사전승인이 요구되고 주무관청의 포괄적인 감독명령권이 존재한다. 이와 같이 실시협약에 대해서는 민간투자법에서 사법상 계약과는 다른 규율을 하고 있다.

## 2) 공법상 계약에 대한 사법상 계약에 관한 규정의 적용 여부

공법상 계약은 행정처분 등으로 형성되는 일반적인 공법관계와 달리 민법에서 정하고 있는 '계약'이라는 형식을 공법적 법률관계를 규율하기 위한 수단으로 사용한다. 이때 계약 형식을 선택한 행정청으로서에는 그에 따른 책임도 져야 한다. 공법상 계약에는 개별법에 특별한 정함이 없는 한 민법상 계약이나 법률행위 규정이 직접 적용된다고 보는 것이 타당하다. 공법상 계약에 민법상 계약이나 법률행위의 규정이 직접 적용되는지 여부는 공법관계에 구체적인 법적 규율이 없는 경우 민법 규정을 유추적용하여 법의 흠결을 보충할 수 있는지 여부와는 논의의 국면을 달리한다. 독일 행정절차법은 공법상 계약(öffentlich-rechtlicher Vertrag)에 관하여 제54조부터 제61조까지의 규정에서 특별히 정하지 않은 이상, 먼저 행정절차법의 다른 규정들이 적용되고 보충적으로 민법의 규정들이 준용된다고 정하고 있다(독일 행정절차법 제62조). 대한민국 법률에는 이에 해당하는 규정이 없는데, 사법상 계약과 공법상 계약을 구분하지 않고 민법



규정의 적용을 전제로 한 것으로 보아야 한다. 만일 계약의 성립부터 소멸에 이르기 까지 여러 단계, 가령 의사의 합치, 계약의 이행과 불이행, 채무불이행으로 인한 손해 배상과 계약의 해제·해지 등을 포함한 여러 규정이 공법상 계약에 적용되지 않는다면, 공법상 계약이 어떻게 전개될지에 관하여 당사자들의 예측가능성이 현저하게 떨어지고 법적 안정성이 유지될 수 없을 것이다.

행정청이 계약이라는 방식을 선택하여 대등한 당사자 사이의 의사표시의 합치를 통하여 법률효과를 발생시킨 이상 계약에 관한 일반법리가 적용됨은 당연하다. 행정청으로서 계약에 관한 일반법리의 적용을 피해야 할 공익적 필요성이 있는 사안에서는 행정처분을 활용할 수 있다. 행정기본법 제27조 역시 공법상 계약은 '법령 등을 위반하지 아니하는 범위에서' 체결할 수 있다고 하고 있는데, 행정청이 법령에서 부여된 권한 내에서 상대방과 대등한 당사자임을 전제로 '계약'이라는 형식을 선택하면서 자신에게 불리한 계약에 관한 법리의 적용만을 거부해서는 안 된다.

대법원은 종래 민법상 계약이나 법률행위에 관한 법리를 통해 공법상 계약에 관한 각종 분쟁을 해결해 왔다. 즉, 공법상 근무관계 설정을 목적으로 하는 공법상 계약에 민법상 계속적 계약의 해지 법리를 적용하여 공법상 계약의 해지를 인정하였고(대법원 2002. 11. 26. 선고 2002두5948 판결, 대법원 2010. 8. 19. 선고 2010두4971 판결), 소멸시효 중단에 대한 민법 법리를 적용하여 공법상 계약인 중소기업기술정보진흥원과 체결한 생산설비정보화지원사업 협약 해지에 따른 지원금 반환채권의 소멸시효 중단 여부를 판단하였으며(대법원 2019. 3. 14. 선고 2018두56435 판결), 구 민·군겸용기술사업촉진법에 근거한 민·군겸용기술개발과제 협약의 불이행에 대한 손해배상청구에 민사소송법의 전속관할 규정이 적용된다고 판단하였다(대법원 2019. 4. 10.자 2017마

6337 결정). 또한 실시협약의 해지에 따른 주무관청의 해지 시 지급금 지급의무와 사업시행자의 귀속시설 인도의무는 '이행상의 견련성'에 의해 서로 동시이행관계에 있다고 보았고(대법원 2018. 7. 24. 선고 2016다205687 판결), 실시협약을 체결하였으나 지방의회의 사전 의결이 없었음을 이유로 실시협약이 무효로 된 경우 계약체결상 과실책임에 관한 민법 제535조에 따른 손해배상책임을 인정하였으며(대법원 2012. 6. 28. 선고 2011다88313 판결), 실시협약상 지체상금에 관한 약정을 '수급인의 이행지체로 인한 손해배상액의 예정'으로 보아, 민법 제398조 제2항에 따른 감액 여부를 판단하였다(대법원 2013. 12. 26. 선고 2013다213090 판결). 그 밖에도 실시협약상 의무위반을 원인으로 한 손해배상청구 또는 지체상금 부존재확인청구(대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다42716 판결, 대법원 2014. 11. 13. 선고 2012다119948 판결), 실시협약 해제를 원인으로 한 손해배상청구(대법원 2008. 2. 14. 선고 2006다37892 판결, 대법원 2012. 10. 11. 선고 2010다3162 판결) 등 공법상 계약과 관련된 여러 사건에서 대법원은 민법 규정을 적용하였다.

공법상 계약을 규율하는 개별 법률이나 공법상 계약 등에서 정하지 않은 사항에 관하여 사법상 계약에 관한 규정을 적용하지 않는다면 공법상 계약을 둘러싼 법률관계를 구체적으로 규율할 수 없게 된다. 따라서 공법상 계약의 구체적인 법률관계를 판단할 때에 민법상 계약이나 법률행위 규정 또는 채무자회생법 등에서 정하고 있는 계약에 관한 규정도 아울러 살펴보아야 한다.

### 3) 공법상 계약에 대한 채무자회생법의 적용 여부

가) 채무자회생법은 공법적 법률관계도 직접 규율하고 있다.

채무자회생법은 명시적으로 공법적 성격을 가지는 여러 법률관계에 적용하기 위한

규정을 두고 있다. 법인에 대하여 파산선고를 한 경우 그 법인의 설립이나 목적인 사업에 관하여 행정청의 허가가 있는 때에는 법원은 파산의 선고가 있음을 주무관청에 통지하여(채무자회생법 제314조 제1항) 주무관청으로 하여금 법인에 대한 감독권을 발동할 기회를 제공한다. 파산선고 당시 법원에 계속 중인 토지수용을 다투는 소송, 과세 처분취소소송, 공정거래위원회의 과징금 납부명령에 대한 취소소송 등과 같이 파산재단에 직접 영향을 미치는 행정소송은 중단된다(행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제239조, 채무자회생법 제347조 제1항, 대법원 2012. 9. 27. 선고 2012두11546 판결 참조). 지방공기업법상 지방공사 또는 지방공단의 경우 해산사유의 하나로 파산을 규정함으로써(지방공사의 경우 지방공기업법 제57조의2 제1호, 상법 제517조 제1호, 제227조 제5호, 지방공단의 경우 지방공기업법 제77조의2 제1항 제3호), 이러한 공기업의 파산능력을 명시적으로 인정하고 있다. 실제로 위 규정을 유추적용하여 태백관광개발공사에 대한 회생절차가 진행되었다(서울중앙지방법원 2014회합100057). 공기업이 파산하는 경우 공기업의 파산관재인은 채무자회생법 제335조 제1항에 따라 쌍방미이행 쌍무계약에 해당하는 공법상 계약을 해제·해지할 수 있다. 일본도 국가와 지방자치단체 이외의 공법인에 대해 파산능력을 인정하고 있고, 공법인이 체결한 계약에 대해 미이행 쌍무계약의 법리를 적용하고 있다(일본 파산법 제53조).

또한 채무자회생법은 국가 또는 지방자치단체가 파산채무자에 대해 가지고 있는 금전채권에 관한 규정을 두고 있다. 국세징수법 또는 지방세징수법에 의하여 징수할 수 있는 청구권(국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권으로서 그 징수우선순위가 일반 파산채권보다 우선하는 것을 포함하며, 채무자회생법 제446조의 규정에 의한 후순위파산채권을 제외한다)은 재단채권으로 한다(채무자회생법 제473조 제2호). 파산선

고 전의 원인으로 인한 국세, 지방세와 같은 조세채권이나 국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권은 본래 파산채권이어서 할 것이나, 이를 재단채권으로 하는 것은 국가나 지방자치단체, 공공단체의 예산에 직결된 수입을 확보한다는 특별한 정책적 고려에 따른 것이다. 따라서 국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권 중 그 징수 우선순위가 일반 파산채권보다 우선한다는 명시적인 규정이 없어 채무자회생법 제473조 제2호의 재단채권에 해당하지 않는 과징금 등은 일반 파산채권으로 취급된다(대법원 2018. 3. 29. 선고 2017다242706 판결 참조). 그리고 파산선고 후에는 파산재단에 속하는 재산에 대하여 국세징수법 또는 지방세징수법에 의하여 징수할 수 있는 청구권(국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권을 포함한다)에 기한 체납처분을 할 수 없다(채무자회생법 제349조 제2항). 채무자회생법에 특별한 정함이 없는 한 주무관청의 채권은 설령 그 발생원인이 공법적 법률관계에 있더라도 일반 파산채권으로 취급된다.

종래 도산실무는 공법상 계약이 쌍무계약의 성격을 가지는 경우에 채무자회생법 제335조를 적용해 왔다. 비교법적으로 보아도 이러한 태도가 보편적이다. 채무자회생법 제정 당시 주로 참고한 독일 도산법이나 미국 연방파산법도 마찬가지이다. 독일에서는 채무자가 공법상 계약에 기하여 주무관청에 대하여 가지는 채권적 권리는 도산재단을 구성하고, 쌍무계약인 공법상 계약이 도산절차의 개시 시점에 채무자와 상대방에 의해서 완전히 이행되지 않았다면 미이행 쌍무계약에 관한 독일 도산법 제103조를 적용하고 있다. 미국에서는 정부계약(government contract)이나 공공계약(public contract)에 연방파산법 제365조 제(a)항의 미이행계약 규정을 적용하고 있다. 채무자회생법의 입법 연혁에 비추어 보더라도 공법상 계약도 쌍무계약의 성격을 가지는 이상 채무자회생법

제335조가 적용된다고 보아야 한다.

나) 채무자회생법 제335조 제3항과의 체계적 해석이 필요하다.

공법상 계약에 채무자회생법 제335조를 적용할 수 있는지에 관해서는 이 규정의 문언뿐만 아니라, 다른 법규정 또는 전체 법질서와의 체계적 관계를 고려하여 파악되어야 한다. 판례는 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」이나 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따른 조달계약은 사법상 계약으로 보지만, 그 밖에 개별법에 따른 계약들은 주로 공법상 계약으로 판단하고 있다. 나아가 비록 위와 같은 계약이 사법상 계약에 해당한다고 하더라도, 고도의 공익적 성격을 갖고 있는 경우 사법상 계약의 해석원칙이 수정될 수 있다고 하고 있다(대법원 2003. 2. 26. 선고 2002두10209 판결 참조).

채무자회생법은 그 제정 이후 방위사업법 제3조에 따른 방위력개선사업을 수행 중인 사업자에 대해 파산이 선고되는 경우 무기체계의 조달을 확보하기 위하여 파산관재인이 '국가를 상대방으로 하는 방위사업법 제3조에 따른 방위력개선사업 관련 계약'을 해제·해지하고자 할 경우에는 방위사업청장과 협의하도록 하는 제335조 제3항을 신설하였다. 방위력개선사업 관련 계약의 법적 성질이 중요한 것이 아니라, 입법자가 방위력개선사업 관련 계약의 고도의 공익적 성격을 고려하여 특칙을 정하였다는 것이 중요한 것이다. 그런데도 그 밖의 공법상 계약이나 민간투자법상 실시협약에 대해서 아무런 특칙을 정하지 않았다.

위와 같은 입법경위나 취지에 비추어 보면, 방위력개선사업 관련 계약 이외의 공법상 계약을 채무자회생법 제335조 제3항에서 특별 규정을 둔 방위력개선사업 관련 계약보다 더 보호해야 할 이유가 없고 이 사건 실시협약에는 채무자회생법 제335조 제1

항이 적용된다고 보아야 한다.

바. 파산관재인이 해지권이 피고가 보유한 해지권과 충돌하거나 도덕적 해이를 야기하는지 여부

다수의견은 파산관재인에게 이 사건 해지권을 부여하는 것이 이 사건 실시협약이 정한 피고의 해지권을 침해하고 사업시행자의 도덕적 해이를 유발할 위험성이 있다고 한다. 그러나 이러한 태도는 타당하지 않다.

채무자회생법 제309조는 파산신청이 성실하지 않거나 파산원인이 존재하더라도 파산신청이 파산절차의 남용에 해당한다고 인정되는 때에는 법원이 파산신청을 기각할 수 있다고 정하고 있다. 채무자에 대하여 파산이 선고되었다는 의미는 파산신청이 불성실하거나 파산절차의 남용이 아니라는 반증이다. 파산법원이 채무자회생법에 따른 요건을 심사하여 채무자에 대해 파산을 선고하는 과정에서 파산절차의 남용이나 채무자의 도덕적 해이를 제어할 수 있다. 이러한 심사를 거쳐 파산이 선고된 채무자의 파산관재인이 채무자회생법 제335조 제1항의 적용을 주장하는 것은 법률이 보장한 권리이자 파산재단, 나아가 총 파산채권자에 대한 의무이다. 채무자회생법 제335조 제3항과 같이 파산관재인의 권리를 명시적으로 제한하는 법률 조항이 없는데도 파산채무자의 도덕적 해이가 우려된다는 이유로 파산관재인의 권리를 제한한다면, 이는 재정적 어려움으로 파탄에 직면하여 회생이 어려운 채무자를 위해 그 재산을 공정하게 현금화하여 배당하기 위한 목적으로 규정된 채무자회생법을 잠탈하는 것이다.

이 사건 실시협약에서 피고가 사업시행자의 파산을 이유로 해지할 수 있도록 정하고 있다(제53조 제1항 제3호, 제58조 제1항). 채무자회생법 제335조 제1항에 따른 해지권과 이 사건 실시협약에서 정한 피고의 해지권은 서로 다른 요건에 따라 행사되는 별개

의 권리이다. 법정해지권과 약정해지권은 병존할 수 있으므로, 전자를 인정한다고 해서 후자가 침해되는 것도 아니다.

민법은 임차인이 파산선고를 받은 경우 임대인 또는 파산관재인이 계약해지의 통고를 할 수 있고(제637조 제1항), 사용자가 파산선고를 받은 경우 노무자 또는 파산관재인이 계약을 해지할 수 있으며(제663조 제1항), 도급인이 파산선고를 받은 때 수급인 또는 파산관재인이 계약을 해제할 수 있다(제674조 제1항)고 정하고 있다. 쌍무계약에서 공평의 원칙에 따라 파산관재인과 그 상대방 모두에게 계약의 해제권이나 해지권을 부여하고 있다. 피고가 사업시행자의 파산을 이유로 이 사건 실시협약을 해지할 수 있는데도 사업시행자의 파산관재인은 파산을 이유로 해지할 수 없다고 보는 것은 공평의 원칙을 훼손하고 형평에도 부합하지 않는다.

파산관재인이 이 사건 실시협약을 해지하는 경우 피고의 구체적인 반환범위 또는 정산의무에 관해서는 원심에서 심리가 되지 않았다. 이 사건에서 우선적으로 판단해야 할 첫 번째 법적 쟁점은 '사업시행자의 파산'이라는 실시협약상의 약정해지사유가 발생했는데도 해지권자인 피고가 해지권을 행사하지 않는 상황에서, 실시협약상 해지권을 부여받지 못한 사업시행자가 채무자회생법 제335조 제1항에 따라 해지권을 행사할 수 있는지 여부이다. 위 조항에서 요구하는 '쌍방미이행 쌍무계약'의 요건이 충족되지 않는다면 파산관재인의 해지가 부적법하다고 판단하는 것으로 충분하겠지만, 만일 위 요건이 충족된다면 그 효과로서 법률관계를 어떻게 정산할 것인지 문제된다. 이때 실시협약에 정한 해지 시 지급금 규정을 그대로 따를 것인지, 아니면 법률관계 해지의 일반원칙으로 돌아가 잔존하는 관리운영권의 가치를 평가하여 정산할 것인지 등을 살펴 보아야 한다. 이 사건 원고가 실시협약에 정한 해지 시 지급금 산정방법에 따른 돈의

지급을 청구하고 있는 것은 소송의 일방당사자로서 최대한 이익이 되는 주장을 하고 있는 것일 뿐이고, 그 안에는 법률이 허용하는 내용에 따른 정산금의 지급을 구하는 의사도 포함되어 있다고 보는 것이 타당하다. 환송 후 법원은 적절한 석명권을 행사하여 이 부분 주장을 분명히 할 수 있을 것이다. 그런데도 다수의견은 채무자회생법 제 335조 제1항에 따라 이 사건 실시협약이 해지되면 무조건 실시협약에 정한 해지 시 지급금 전부의 지급의무가 발생하는 것을 전제로 하여 원고 주장의 부당함을 논하고 있다. 그러나 이는 잘못된 전제로서 이 사건 실시협약이 채무자회생법 제335조 제1항에 따라 해지되었다고 판단된다면 피고가 사업시행자에 대해 어떠한 의무를 부담하는지 등에 관해서는 파기환송심에서 구체적인 심리를 진행하여 확정하여야 한다. 이러한 내용이 심리되어 확정되지 않은 상태에서 파산관재인이 해지가 실시협약이 정한 피고의 해지권을 침해한다고 단정하거나, '민간투자사업 전반에 대한 막대한 도덕적 해이'라는 추상적 위험을 들어 파산관재인이 권리행사가 부당하다고 하는 것은 적절하지 않다.

나아가 이 사건 실시협약은 중도해지 당시 귀책사유가 누구에게 있는지, 해지 시점에 사업이 어느 단계인지 등에 따라 해지 시 지급금의 산정방법을 달리 정하면서 심지어 사업시행자의 귀책사유로 중도 해지되는 경우에도 최소한 '기투입 민간투자자금'만큼을 보전해 주기로 약정하였다(이 사건 실시협약 제60조 제1항, 별표 11 참조). 이는 주무관청이 무상으로 시설소유권을 취득하였음을 고려하여 최악의 경우에도 자기의 비용으로 시설을 준공한 사업시행자에게 적어도 이미 투입한 비용만큼은 보전해 주고자 하였던 것이 이 사건 실시협약의 기본 구조임을 보여준다. 이 점에서도 다수의견의 결론은 부당하다.



민간투자사업의 사업시행자가 파산하여 더 이상 그 사업을 영위하는 것이 불가능하고 해당 시설을 이용하는 일반 국민의 안녕과 공공복리에 현저한 위험이 초래되고 있다. 그런데도 주무관청이 실시협약에 따른 약정해지권을 행사하지 않고 파산한 채무자를 여전히 사업시행자로 행세하도록 하는 것은 주무관청에게 보장된 약정해지권 행사에 관하여 허용되는 재량권을 남용한 것이라고 할 수 있다. 이 판결의 결론이 주무관청으로 하여금 위와 같이 이 사건 실시협약을 종료시키지 않은 채 무사안일한 태도로 무책임하게 사업을 방치하는 것에 대해 면죄부를 주는 것이 아닐까 우려된다.

#### 사. 결론

사업시행자인 리차드텍이 관리운영권에 기초하여 해당 시설을 관리운영하던 중에 사업시행자에 대해 파산이 선고되었다. 원심은 이 사건 실시협약이 쌍무계약이 아니고 쌍무계약이라고 하더라도 부수적 채무를 불이행하고 있는 상태이므로 채무자회생법 제335조 제1항이 적용되지 않는다고 판단하였다. 그러나 이 사건 실시협약은 쌍무계약으로서 사업시행자와 피고의 채무 중 일부가 이행되지 않은 상태에 있으므로, 사업시행자의 파산관재인은 쌍방미이행 쌍무계약에 관한 채무자회생법 제335조 제1항에 따라 이 사건 실시협약을 해지할 수 있다고 봄이 타당하다.

이상과 같이 다수의견과 별개의견에 반대하는 이유를 개진한다.

재판장            대법원장            김명수

                  대법관            박상옥

	대법관	이기택
주 심	대법관	김재형
	대법관	박정화
	대법관	안철상
	대법관	민유숙
	대법관	김선수
	대법관	이동원
	대법관	노정희
	대법관	김상환
	대법관	노태악

대법관 이흥구